SOMLÓ

JURISTISCHE GRUNDLEHRE

Juristische Grundlehre

von

Felix Somló

Professor an der Universität Kolozsvár

Leipzig

Verlag von Felix Meiner

1917.

Tafel der Normarten – S. 176
" " Satzarten – S. 194.

„Es ist von der größten Wichtigkeit, zum Vorteil der Wissenschaften ungleichartige Prinzipien voneinander zu scheiden, jede in ein besonderes System zu bringen, damit sie eine Wissenschaft ihrer eigenen Art ausmachen, um dadurch die Ungewißheit zu verhüten, die aus der Vermengung entspringt, da man nicht wohl unterscheiden kann, welcher von beiden teils die Schranken, teils auch die Verirrungen, die sich im Gebrauche derselben zutragen möchten, beizumessen sein dürften."

„Diese Absonderung hat, außer dem — — Nutzen, den sie schafft, noch einen besonderen Reiz, den die Einheit der Erkenntnis bei sich führt, wenn man verhütet, daß die Grenzen der Wissenschaften nicht ineinander laufen, sondern ihre gehörig abgeteilten Felder einnehmen."

KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft,* Vorrede.

Inhalt.

Einleitung.

Erster Teil.

Der Begriff des Rechts.

Erstes Kapitel.

Begriff und Arten der Normen.

Zweites Kapitel.

Die Rechtsmacht.

Drittes Kapitel.

Der Doppelsinn des Wortes Recht.

Viertes Kapitel.

Die Hauptarten der Bestimmung des Rechtsbegriffs.

Fünftes Kapitel.

Das Völkerrecht und das Kirchenrecht.

Zweiter Teil.

Glieder und Folgen des Begriffes des Rechts.

Sechstes Kapitel.

Rechtsnorm und Rechtstext.

Siebentes Kapitel.

Befehlsrecht und Versprechensrecht.

Achtes Kapitel.

Das Wollen.

Neuntes Kapitel.

Die Gesellschaft.

Seite

Zehntes Kapitel.

Der Staat.

Elftes Kapitel.

Die Quellen des Rechts.

Zwölftes Kapitel.

Die Deutung und die Anwendung des Rechts.

Dreizehntes Kapitel.

Rechtspflicht und Rechtsgewährung.

Vierzehntes Kapitel.

Der Normadressat.

Pflicht- und Rechtssubjekte.

Einleitung.

§ 1. Die Aufgabe.

Jede systematische Darstellung von Rechtsnormen heischt die Lösung zweier verschiedener Reihen von Fragen, die auch zwei ganz verschiedene Methoden erfordern:

Die eine Reihe geht auf die Feststellung dessen hin, was von den zu bearbeitenden Rechtsnormen gefordert wird; die andere Reihe aber ist darauf gerichtet, was die Forderung einer Rechtsnorm, ganz abgesehen von ihrem besonderen Forderungsinhalt, überhaupt bedeutet.

Die Lösung dieser zweiten Reihe von Fragen muß der ersten vorangehen. Die Darstellung eines besonderen Rechtsinhaltes hat eine Kenntnis dessen zur Voraussetzung, was ein Rechtsinhalt überhaupt bedeutet.

Wollen wir auf Grund dieser verschiedenen Gesichtspunkte verschiedene Rechtswissenschaften unterscheiden, so können wir an die Spitze einer Einteilung der Rechtswissenschaften die Unterscheidung der Rechtsinhaltswissenschaften und der Wissenschaft von der Rechtsform stellen.

Es ist neuerdings wieder öfters darauf hingewiesen worden, daß jede streng technisch-juristische Untersuchung zu Fragen hinleitet, die bereits jenseits dieser technisch-juristischen Untersuchungen liegen. Aber das Verhältnis dieser, auch als metajuristische bezeichneten, Fragen zu den im engeren Sinne technisch-juristisch genannten wird nur zu häufig verkannt. Man darf nicht glauben, daß wenn irgendwelche Fragestellungen als metajuristische, d. i. als mit den Methoden der sogen. technischen Jurisprudenz nicht lösbare, erkannt worden sind, dieselben damit für die Jurisprudenz auch abgetan seien; es ist irrtümlich, anzunehmen, daß eine Jurisprudenz in strenger Abkehr von solcher Vorjurisprudenz *möglich* sei, und daß sich die Lösung sämtlicher Fragen, deren die Jurisprudenz, d. i. die sogen. positive Rechtswissen-

schaft bedarf, mittels der speziellen technisch-juristischen Methode erzwingen läßt, wie dies gar nicht selten ebenfalls versucht wird.

Die vorliegende Untersuchung unternimmt eben den Nachweis, daß es Fragen gibt, deren Lösung für jede Jurisprudenz ganz unerläßlich ist, aber mit der speziellen juristischen Methode niemals erhofft werden kann, und versucht sodann eine systematische Behandlung aller hieher gehörigen Fragen zu liefern, also ein System zu entwerfen, das auch als Prolegomena zu einer jeden künftigen Jurisprudenz bezeichnet werden könnte, wenn man eine solche Bezeichnung nicht zugleich als Anmaßung einer unfehlbar richtigen Lösung aller hier aufgeworfenen Fragen, sondern nur als nachdrückliche Betonung des richtigen Verhältnisses jener beiden Rechtslehren zu einander gelten lassen wollte.

§ 2. Die verschiedenen Wissenschaften vom Rechtsinhalt.

Die hier zu entwickelnde Lehre von der Rechtsform ist die Voraussetzung jeder Lehre, die auf die Erforschung eines Rechtsinhaltes gerichtet ist, sie steht aber in einer ganz besonders engen Beziehung zu jener Rechtsinhaltslehre, die gewöhnlich als Jurisprudenz, auch als „positive Rechtswissenschaft“ bezeichnet zu werden pflegt.

Es sind nämlich verschiedene Lehren vom Rechtsinhalt möglich. Zunächst die Jurisprudenz in engerem Sinne, von der wir noch ausführlicher sprechen wollen, die sich die systematische Darstellung des Inhaltes einer bestimmten Rechtsordnung zum Gegenstand macht und zu welcher der Einfachheit halber auch die vergleichende Betrachtung des Inhaltes verschiedener Rechtsordnungen hinzugezählt werden mag.

Sodann kann der Inhalt von Rechtsnormen nach irgendwelchen Wertgesichtspunkten erörtert werden. Es kommt hiebei nicht mehr die systematische Erörterung eines gegebenen Norminhaltes *sine ira et studio* in Betracht, sondern es kommt vielmehr darauf an, wie ein Rechtsinhalt unter irgendwelchen zugrunde gelegten Umständen beschaffen sein sollte, um einem angelegten Maßstabe zu entsprechen.

Die strenge Scheidung dieser Rechtswissenschaft von der Jurisprudenz im engeren Sinne wird vielleicht sofort auf den Widerspruch stoßen, daß eine Jurisprudenz ohne die Anlegung von Wertmaßstäben überhaupt nicht zugegeben werden könne, doch es ist hier nicht der Ort, auf diese Unterschiede näher einzugehen. Es ist uns vorläufig auch nur um die Andeutung einer Unterscheidung zu tun, die unter dem Namen der Gesichtspunkte *de lege lata* und *de lege ferenda* jedem Juristen geläufig ist.

Ist auch eine Jurisprudenz im engeren Sinne des Wortes ohne Wertgesichtspunkte nicht möglich, so müssen es jedenfalls im betreffenden Rechtsinhalt selbst liegende Wertgesichtspunkte sein, deren sie sich zu bedienen hat, während die im Gegensatz dazu als wertende bezeichnete Rechtswissenschaft außerhalb des Rechtsinhaltes liegende Werte zur Beurteilung heranzieht.[1]) Es macht hiebei vom methodologischen Gesichtspunkte aus keinen Unterschied, ob die kritische Bewertung an einen gegebenen Rechtsinhalt anknüpft, oder ob es sich um den Vorschlag eines Rechtsinhaltes (für nach Zeit und Volk gegebene Umstände) ohne *unmittelbare* Kritisierung des bestehenden handelt.

Diese Art von Rechtswissenschaft wird zumeist als *Rechtspolitik* bezeichnet, und es braucht wohl nicht erst hervorgehoben zu werden, daß ihre logische Eigentümlichkeit dadurch keinen Abbruch erleidet, daß sie häufig mit der Jurisprudenz im engeren Sinne vermengt auftritt, wie ja bei einer methodologischen Einteilung der Wissenschaften davon abzusehen ist, ob die empirisch herausgebildeten Wissenschaften sich immer nur mit je einer oder aber auch mit verschiedenen dieser methodologischen Kategorien decken.[2])

---

[1]) v. Verdross, *Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers,* 1916, S.-A. aus „Juristische Blätter" S. 4: „An (dem Rechtsinhalt) darf die positive Rechtswissenschaft nur eine immanente, keinesfalls aber eine (dem positiven Rechte gegenüber) transzendente Kritik üben".

[2]) Die Lehren vom Wert des Rechtes oder vom richtigen Recht erscheinen häufig auch unter der Bezeichnung Sozialpolitik oder — namentlich, wenn sie sich auf das Gebiet des Staatsrechts beschränken — Politik schlechthin, wobei wiederum zu bemerken ist, daß unter Politik auch

Eine dritte Art der Rechtsinhaltswissenschaften, die *geschichtliche*, betrachtet den Rechtsinhalt unter dem Gesichtspunkte seines Entstehens, seiner Änderung und seines Vergehens. Sie untersucht die Ursachen, die einen speziellen Rechtsinhalt hervorgebracht haben, seine Bedingtheit sowohl als seine Wirkung und sein Vergehen, und beschreibt den Verlauf von Veränderungen, den er durchgemacht hat.

Wird hingegen nur die systematische Darstellung des Inhaltes von Rechtsnormen, die irgendwo und irgendwann in der Vergangenheit gegolten haben, unternommen, so wird eine solche

---

wieder anderes als reine Bewertungsfragen verstanden wird. Vgl. u. a. ZORNS „theoretische Politik" und „Politik als Kunst" in *Handbuch der Politik* I, 1, ferner REHMS Staatsmachtlehre (oder historische Politik) und Staatskunstlehre (oder theoretische Politik). Innerhalb der letzteren unterscheidet er die Staatsklugheitslehre oder praktische Politik und „die Staatszweckmäßigkeitslehre oder theoretische Politik im engeren Sinne". Mit der letzteren ist eine Politik der Zwecke, mit der ersteren eine solche der Mittel gemeint. Über verschiedene Bedeutungen des Wortes vgl. REHM, ebenda S. 8/9; sodann BEROLZHEIMER in *Handbuch der Politik*, I, S. 14—19; BEROLZHEIMER, *Politik als Wissenschaft*, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie I, 1907—1908, S. 210—218; BONUCCI, *Die Kritik des positiven Rechts*, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, VII, S. 69—80; GUMPLOWICZ, *Soziologie und Politik*, 1892; TÖNNIES, *Soziologie und Politik*, Ztschr. f. Politik, 1908, S. 219–229; v. HERTLING, Art. „Politik" im Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 2. Aufl., IV, 1903, S. 546–562; RATZENHOFER, *Wesen und Zweck der Politik*, 1893; R. SCHMIDT, *Wege und Ziele der Politik*, Ztschr. f. Politik, I, 1907, S. 1–60; SCHÄFFLE, *Über den wissenschaftlichen Begriff der Politik*, Ztschr. für die ges. Staatswissenschaften, LIII, 1897, S. 579—600; JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 5 und bes. 13 ff., wie die ebenda in Anm. 1 angeführte Literatur. — Über Rechtspolitik insbesondere A. MENGER, *Die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, und dazu KOHLER in Grünhuts Zeitschr., XXIII, S. 217 ff.; OERTMANN, *Rechtswissenschaft und Rechtspolitik*, Preußische Jahrbücher, LXXXVIII, S. 191 ff.; namentlich in bezug auf „Zivilpolitik" PETRAZYCKI, *Die Lehre vom Einkommen*, I, 1893, S. 328; über die verschiedenen Benennungen LAMBERT, *La fonction de droit civil comparé*, I, 1903, S. 107 ff. und die daselbst zitierte Literatur; VAN CALKER, *Rechtspolitik* in Handb. d. Politik, I, S. 11 ff.; VAN CALKER, *Politik als Wissenschaft*, 1899; ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, I, 1897, S. 7; AUSTINS science of legislation (or of positive law as it *ought* to be) im Gegensatz zu science of jurisprudence (or of positive law as it *is*) *Lectures*, I[5], S. 83.

Darstellung dadurch, daß sie es mit gewesenen, nicht mehr geltenden Rechtsnormen zu tun hat, nicht zur Rechtsgeschichte, sondern bleibt Jurisprudenz.

§ 3. Die juristische Grundlehre.

Diesen verschiedenen Lehren von gewissen Rechtsinhalten stellen wir die Lehre entgegen, die von jedem Inhalte der Rechtsnormen geflissentlich absieht und ihr Augenmerk ausschließlich darauf richtet, was unter einer Rechtsnorm überhaupt zu verstehen ist und was sich über die Rechtsnormen schlechthin sagen läßt. Wir können diesen Unterschied auch derart ausdrücken, daß, während die übrigen Rechtslehren von einem oder dem anderen Gesichtspunkte aus einen bestimmten Rechtsinhalt betrachten, diese auf die Untersuchung der *Rechtsform* gerichtet ist, nur dürfen wir dabei nicht vergessen, worauf bereits Simmel in anderem Zusammenhang hingewiesen hat, daß die Kategorien von Inhalt und Form zu den relativsten und subjektivsten im ganzen Gebiete des Denkens gehören, und daß, was in der einen Hinsicht Form ist, in einer anderen Inhalt sein kann.[1])

Es sei mit dieser Unterscheidung nichts anderes gesagt, als das: während jene Rechtslehren ihr Gebiet innerhalb des Rechtsbegriffes abstecken, ist es für die hier in Betracht zu ziehende eben der Rechtsbegriff selbst, der ihren Gegenstand abgibt. Diese geht also, indem sie den Rechtsbegriff und die sich aus diesem ergebenden Folgerungen sucht, gewissermaßen auch über ihn hinaus. Sie muß jenes weitere Gebiet betreten, auf dem der Rechtsbegriff zu finden ist, sie muß sich über ihn erheben, um ihn zu erspähen und sein Gebiet von den Grenzgebieten abstecken zu können. Indem sie also über das rechtliche Gebiet hinauszugehen gezwungen ist, ist sie gewissermaßen nicht mehr nur Rechtswissenschaft. Sie ist *Rechts*wissenschaft, da ihr eigenstes Ziel gerade das Recht, die Auffindung seines Begriffes und der von jedem Rechte

---

[1]) Simmel, *Einleitung in die Moralwissenschaft,* II. S. 309. Seither häufig, namentlich von Hold v. Ferneck, Kelsen u. a. hervorgehoben.

geltenden Wahrheiten ist. Sie ist jedoch insoweit nicht *nur* Rechtswissenschaft, als sie zu diesem Behufe vorerst das juristische Gebiet verlassen und sich auf ein übergeordnetes Gebiet begeben mußte, um daselbst nunmehr den Rechtsbegriff zu suchen.

Während die Wissenschaften vom Rechtsinhalt gleichgeordnet nebeneinander stehen, jede von ihnen ihren Acker von den anderen mehr oder minder unabhängig bearbeitet und nur gelegentlich auf die anderen angewiesen ist, ist ihnen die Lehre vom Rechtsbegriff und seinen Folgebegriffen übergeordnet. Sie ist die Voraussetzung jener, ihre Arbeit muß getan sein, damit die übrigen teils überhaupt ans Werk gehen, teils ihre Arbeit auch über gewisse Grenzen hinaus fortsetzen können.[1]) Es ist dies so sehr der Fall, daß wenn ihnen eine Wissenschaft von der Rechtsform ihre Ergebnisse nicht fertig liefert, sie sich dieselben von Fall zu Fall selbst schleunigst fertigzustellen gezwungen sind.

So muß vor allem erst der Rechtsbegriff festgestellt sein, damit es überhaupt eine *Rechts*geschichte, eine *Rechts*politik oder eine *Juris*prudenz geben könne. Woher wüßte denn sonst eine rechtsgeschichtliche Untersuchung, was ihrem besonderen Bereich angehört und was sie anderen Zweigen der geschichtlichen Betrachtung zu überlassen hat?[2])

Von der Jurisprudenz gilt dies aber in einem ganz besonderen Maße. Die übrigen Lehren vom Rechtsinhalt brauchen wohl mindestens einen beiläufigen Rechtsbegriff zur Abgrenzung ihres Gebietes. Die Jurisprudenz aber bedarf ganz besonders eines möglichst genauen Begriffes des Rechtes und einer genauen Kenntnis aller Wahrheiten, die sich über das Recht schlechthin ermitteln lassen. Sie benötigt eine genaue

---

[1]) vgl. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, I³, S. XII: „Es war die Beschäftigung mit dem positiven Rechte, die mir Fragen und Untersuchungen aufdrang, für welche ich die Lösung, ja selbst Begriff und Bezeichnung nicht mehr in ihm selbst fand, und so, ohne es zu suchen und zu wollen, in ein höheres wissenschaftliches Gebiet gedrängt wurde". Auch Weyr, *Zur Theorie des natürlichen Rechts*, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilos., VII, S. 86—88.

[2]) vgl. u. a. Iljin, *Die Begriffe von Recht und Macht*, Arch. f. syst. Philosophie, XVIII, 1912, S. 88.

Herausarbeitung aller Teile des Rechtsbegriffes, denn sie vermag ohne die Kenntnis derselben, wie wir zeigen wollen, ihre eigenste Aufgabe, die systematische Darstellung des Inhaltes von Rechtsnormen, nicht befriedigend zu lösen. Diese systematische Darstellung eines Inhaltes von Normvielheiten kann ohne eine genaue Kenntnis der besonderen Eigenart jener Normen überhaupt nicht durchgeführt werden.

Es ist das also nicht eine Vorarbeit, welche die Jurisprudenz benützen oder auch entbehren könnte, sondern sie kommt ohne diese über eine gewisse Stufe ihrer Entwicklung überhaupt nicht hinweg. Sie strebt auch immer wieder selbst der Lösung dieser Aufgabe zu. Freilich ist sich die Jurisprudenz häufig dieser ihrer Voraussetzungen nicht bewußt, was zu einem ungenauen und mehr oder minder widerspruchsvollen Gebrauch derselben zu führen pflegt, welcher sich dann in ferneren Widersprüchen der auf dieser Grundlage gewonnenen Ergebnisse kundgibt.

Ob nun diese Vorarbeit der Jurisprudenz fertig übermittelt wird oder ob sie sie selbst zu leisten hat, keineswegs läßt sie sich mit den gewöhnlichen Mitteln der Jurisprudenz vollbringen. Das Wesen des Rechts läßt sich eben nicht dem Stoffe der Jurisprudenz, dem Inhalte von Rechtsnormen, entnehmen. Die Methoden der Jurisprudenz sind aber für die Bearbeitung eben dieses Inhaltes geschaffen und daher zur Darlegung der Normart nicht geeignet.[1])

Eben weil sich die Jurisprudenz dessen häufig nicht bewußt ist, daß sie es hier mit Voraussetzungen der systematischen Darlegung von Rechtsnorminhalten zu tun hat, und daß sie folglich diese Voraussetzungen nicht mittels ihrer ge-

---

[1]) In aller wünschenswerten Klarheit wird bereits von Lask (*Rechtsphilosophie*, 1905, S. 33, S.-A. aus der Festschrift für Kuno Fischer, Bd. II) ausgeführt: „Für den Juristen ist begreiflich die soziologische oder rechtsgeschichtliche Grenzregulierung eine bloße Voraussetzung und Vorarbeit, mag sie auch aus wissenschaftlichen Gründen von ihm selbst mit besorgt werden. Denn ihm kommt es lediglich darauf an, den gedankenmäßigen Inhalt der Normen, die auf Grund sozialtheoretischen Urteils als ‚Recht' erkannt sind, in einen systematischen Zusammenhang zu bringen". Ferner Merkl, *Zum Interpretationsproblem*, Grünhuts Zeitschr., XLII, 1916, S. 538.

wöhnlichen Methoden und nicht aus dem Rechtsinhalte gewinnen kann, ist es unzweckmäßig, wenn diese Lehre von der Rechtsnorm in die Darstellungen des Inhaltes bestimmter Rechtsnormen eingeflochten wird und ihre einzelnen Teile in der Jurisprudenz nur gelegentlich an jenen Stellen ausgearbeitet werden, wo man ihrer gerade bedarf. Man wird dadurch nur zu leicht zu der Annahme verleitet, es handle sich um Fragen, die ebenso aus dem zu bearbeitenden besonderen Norminhalt heraus zu lösen sind, wie die eigentlichen Fragen der Jurisprudenz.

Wir wollen fortan jene Wahrheiten, die sich über das Recht schlechthin, also unabhängig von seinem jeweiligen Inhalt aufstellen lassen, als *Grundlehren der Rechtswissenschaft*, die in denselben gesetzten Begriffe als *juristische Grundbegriffe*, das System dieser Lehren aber als *juristische Grundlehre* bezeichnen.

§ 4. Juristische Grundlehre und allgemeine Rechtslehre.

Die Grundlehren der Rechtswissenschaft sind von den *allgemeinen Lehren* derselben strengstens zu scheiden (und ebenso streng unterscheidet sich natürlich das System jener, die juristische Grundlehre, von jedem System dieser, von der *allgemeinen Rechtslehre*, und Entsprechendes gilt von den juristischen Grundbegriffen).

Zu allgemeinen Lehren der Rechtswissenschaft gelangen wir, wenn wir von dem Inhalt einer gegebenen Vielheit von Rechtsnormen ausgehend, aus diesem Inhalt jene Sätze abstrahieren, welche eine weitere oder engere Gruppe konkreterer Rechtssätze umfassen. Solche allgemeine Sätze sind also dem Inhalte von Rechtsnormen entnommen. Sie sind keineswegs Voraussetzungen jeglichen Rechtsinhaltes, sondern bilden selbst einen Rechtsinhalt.

Es kann daher je nach dem Umfange der zugrunde gelegten Normen, aus welchen sie abstrahiert worden sind, verschiedene Grade der Allgemeinheit solcher Sätze geben. Sie können Allgemeinsätze im Hinblick auf einen bestimmten Teil einer Rechtsordnung, oder im Hinblick auf den ganzen

Normumfang einer gegebenen Rechtsordnung sein, und sie können durch Vergleichung eines kleineren oder größeren Kreises von Rechtsordnungen als immer wiederkehrende Sätze vorgefunden und in diesem Sinne *allgemeine* Lehren der Jurisprudenz sein. Jedoch selbst im Falle ihrer denkbar weitesten Allgemeinheit haben wir es doch immer nur mit Rechtsinhaltslehren, bezw. mit Rechtsinhaltsbegriffen zu tun, denen durchaus keine Notwendigkeit für jedes denkbare Recht zukommt. Es kann oder könnte eine Rechtsordnung auch ohne sie geben. Sie sind in diesem Sinne des Wortes doch nur zufällig, wie jeder Rechtsinhalt. Wir können für jeden derartigen Begriff die Probe anstellen, ob sich eine Rechtsordnung ohne denselben überhaupt denken läßt oder nicht? Ist es der Fall, so ist der betreffende Begriff, er mag noch so allgemein sein, nur ein juristischer Allgemeinbegriff, der nur für einen bestimmten Rechtsinhalt zutrifft. Nur wenn ein Rechtszustand ohne jenen Begriff überhaupt undenkbar wäre, haben wir es mit einem Grundbegriff der Rechtswissenschaft zu tun, der als solcher keinem Rechtsinhalt mehr entnommen sein kann, sondern bereits mit dem Begriffe des Rechtes gegeben sein muß.

Ohne den Begriff der Ehe oder des Eigentums, selbst ohne jenen des Vertrages, läßt sich schließlich eine Rechtsordnung denken. Es mag noch so unwahrscheinlich sein, daß eine solche ohne diese Begriffe je zustande kommen wird, sie mag ohne diese Begriffe noch so unvollkommen sein, immerhin bedeutet die Annahme einer Rechtsordnung ohne diese Begriffe keinen Widerspruch. Es wäre sicher ein höchst unzweckmäßiges Recht, das die Familienverhältnisse ungeregelt ließe und jenes besonders enge Verhältnis von Person und Sache, welches wir als Eigentum bezeichnen, nicht kennte, aber es wäre durch das Fehlen derartiger Regelungen noch nicht zugleich auch der Begriff der rechtlichen Regelung aufgehoben. Jedenfalls stehen diese Bestimmungen in einem ganz anders gearteten Verhältnisse zum Begriffe des Rechtes, als z. B. die Begriffe der Pflicht oder des Normadressaten. Wir können nicht sagen, es wäre bloß eine unzweckmäßige Rechtsordnung, die gar keine Adressaten hätte oder der der

Begriff der Pflicht fremd wäre, denn diese Begriffe sind in dem Begriffe einer Rechtsordnung bereits mitenthalten.[1]) Wenn wir Rechtsordnung sagen, so meinen wir damit auch bereits irgendwelche Pflichten von irgendwelchen Menschen. Der Begriff der Rechtspflicht ist also kein, erst einem gegebenen Rechtsinhalte entnommener, Allgemeinbegriff, sondern es ist ein juristischer Grundbegriff, eine der Voraussetzungen jeder möglichen Rechtswissenschaft.

Die Jurisprudenz kann immer nur von gegebenen Rechtsinhalten aus höchstens zu Allgemeinbegriffen *eben dieser* Rechtsinhalte gelangen. Man mag Rechtsinhalte in so weitem Umfange, als man nur will, zugrunde legen, so wird die Bearbeitung derselben mittels der juristischen Methode doch niemals zu, für jeden denkbaren Rechtsinhalt gültigen Begriffen, also zu Grundbegriffen jeder Jurisprudenz, und deshalb auch nicht zu den letzten Begriffen eben dieser Jurisprudenz führen.

Auch der allgemeinste Teil jedweder Jurisprudenz kann sich mit den Änderungen des Rechtsinhaltes ändern, während der Rechtsbegriff und die mit demselben mitgesetzten Grundbegriffe eine von jedem Wandel des Rechtsinhaltes unabhängige Grundlage jeder Jurisprudenz bilden.[2])

---

[1]) Wir sind hier gezwungen, der Beispiele halber bereits mit dem Rechtsbegriffe zu arbeiten, den wir erst später entwickeln werden. Dieses Hysteron-Proteron ließe sich nur dadurch vermeiden, daß wir die Definition dessen, was wir unter der juristischen Grundlehre verstehen, erst hinter die Ausführungen über den Rechtsbegriff setzen, und auf jede Einleitung des Buches verzichten wollten, was auch wieder seine Nachteile hätte.

[2]) Sehr richtig lehrt Lask, *Rechtsphilosophie*, 1905, S. 47 (S.-A. aus der Festschrift für Kuno Fischer, Bd. II): „Der Dualismus sozialwissenschaftlicher und juristischer Betrachtungsweise dringt auch in die obersten Begriffe der rechtswissenschaftlichen Prinzipienlehre ein und erzeugt die Spaltung in eine allgemeine Soziallehre des Rechts und in eine allgemeine Jurisprudenz, die jetzt beide noch ungeschieden mit einer Menge anderer Wissenschaftsbruchstücke in der ‚allgemeinen Rechtslehre' zusammengeworfen werden".

§ 5. Bergbohms „allgemeinste" Rechtslehre.

Mit der prinzipiellen Scheidung der juristischen Grundlehre von jeder allgemeinen Rechtslehre ist auch bereits gesagt, was von jenen öfters wiederkehrenden Bestrebungen in der Rechtswissenschaft zu halten ist, als deren typischer Vertreter Bergbohm angesehen werden kann und welche das sich da und dort regende Bedürfnis nach einer juristischen Grundlehre durch eine Art allgemeinster Rechtslehre befriedigen möchten, die sich ja füglich von den verschiedenen „allgemeinen Teilen" der einzelnen Rechtslehren nicht grundsätzlich, sondern nur nach dem Grade ihrer Allgemeinheit unterscheiden könnte.

Vorübergehend erhebt zwar auch Bergbohm die Forderung einer „Unterscheidung zwischen Normengehalt des Rechts oder kurz: *Rechtsinhalt* und Rechtseigenschaft jener Normen, Regeln, Vorschriften oder kurz: *Rechtsform*".[1]) Auch fühlt Bergbohm lebhaft das Bedürfnis nach den Voraussetzungen aller Jurisprudenz.[2])

Aber die von ihm zur Befriedigung dieses Bedürfnisses geforderte Rechtsphilosophie erweist sich schließlich doch nur als „Sammelstelle für die umherirrenden allgemeinen Rechtsbegriffe und Rechtslehren" als ein „allgemeiner oder all-

---

[1]) Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, S. 543, auch Anm. 7. Bei ihm (ebenda S. 503, Anm. 30) finden wir auch die Erwähnung, daß dieser Unterschied schon von Bruns (*Das heutige röm. Recht* in Holtzendorffs *Encyclopädie*, 1. Aufl., 1870, S. 257) betont und auch von Stahl (*Philosophie des Rechts*, II[4], S. 240) angedeutet wird.

[2]) Gleich auf der ersten Seite des Vorwortes seiner *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* erzählt er, daß jedesmal, wenn er diese oder jene der anregendsten unter den im Vordergrunde stehenden Fragen schon sicher gefaßt und gelöst zu haben glaubte, es sich ihm bei der letzten Prüfung zeigte, daß immer noch irgendeine sehr wesentliche „Voraussetzung" da war, deren Unsicherheit die Überzeugungskraft seines Gedankenganges auch in seinen eigenen Augen gefährdete. „Die eine Frage zog aber wieder andere Fragen nach sich, und so war in allen Fällen das Ergebnis dieses, daß die maßgebenden Entscheidungen schließlich nicht mehr im Sonderbereich des Staats-, oder Völker- oder Kirchenrechts usw. zu suchen sind, sondern als Gemeingut der ganzen Rechtswissenschaft Bestandteile der Rechtsphilosophie und allgemeinen Rechtstheorie bilden".

gemeinster Teil der ganzen Rechtswissenschaft".[1] Er faßt das Verhältnis einer solchen Lehre zur Jurisprudenz so ähnlich auf, wie das einer über den Bundesstaaten der einzelnen juristischen Spezialfächer sich erhebenden Reichsgewalt, als einer „Sammelstelle, in welche die regierenden Begriffe und Prinzipien aus allen Provinzen der Jurisprudenz zusammenströmen".[2]

Bergbohm stellt sich also das Verhältnis seines „allgemeinen Teiles der ganzen Rechtswissenschaft" zu den einzelnen Rechtswissenschaften schließlich doch nur so vor, wie etwa das Verhältnis des allgemeinen Teiles irgendeiner besonderen Rechtswissenschaft zu ihrem besonderen Teile. Er meint, daß man vom Rechtsinhalt aus auf den verschiedenen Stufen der allgemeinen und noch allgemeineren Teile zur gesuchten Voraussetzungslehre der Rechtswissenschaft emporsteigen könne. Deshalb bezeichnet er auch die also zu gewinnenden „allgemeinen Rechtsbegriffe als weithin ragende Spitzen des juristischen Lehrgebäudes".[3]

Er übersieht dabei den fundamentalen Gegensatz sowohl des Gegenstandes als der Methoden, wodurch sich die juristische Grundlehre, die er suchte, von der Jurisprudenz unterscheidet. Während sich jene auf dem Gebiete der gesellschaftlichen Erscheinungen nach dem Rechtsbegriffe umsieht, und von diesem herab zu den, mit demselben bereits notwendig gegebenen Grundbegriffen jeder Jurisprudenz gelangt, hat die Jurisprudenz diese Grundbegriffe zu übernehmen, kann sie aber nicht selbst entwickeln.

Die juristische Grundlehre ist also nicht etwa der allgemeine Teil einer Jurisprudenz, die sämtliche Rechtsnormen der Welt bearbeiten wollte. Jene Grundbegriffe sind eben nicht die obersten Spitzen des juristischen Lehrgebäudes, wie Bergbohm meint, sondern die untersten Grundmauern, auf denen die verschiedensten juristischen Lehrgebäude, aus dem verschiedensten Stoffe, mit den verschiedenartigsten obersten

---

[1] Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, S. 96.
[2] Ebenda S. 34–35, ferner S. 55 u. 102.
[3] Ebenda S. 90.

Spitzen errichtet werden können, — nur immer an jenen Plan gebunden, der bereits durch die Grundmauern gegeben ist.

Die BERGBOHMsche Auffassung von den Grundbegriffen des Rechts ist weitverbreitet. Immer wieder taucht die Annahme auf — wenn auch nicht immer klar ausgesprochen —, daß sich sämtliche Grundbegriffe, deren die Jurisprudenz bedarf, mittels der juristischen Methode aus dem Inhalte der zu bearbeitenden Normen feststellen lassen.[1])

§ 6. Juristische Grundlehre und Rechtsphilosophie.

Der Bestimmung des Verhältnisses der juristischen Grundlehre zur Rechtsphilosophie bereiten die Schwankungen des Begriffes der letzteren nicht geringe Schwierigkeiten. Es

---

[1]) Unter den Vorgängern BERGBOHMS ist hauptsächlich A. MERKEL zu nennen, der in seiner Abhandlung *Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur „positiven" Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teile derselben* (GRÜNHUTS Zeitschrift, Bd. I, 1874, abgedruckt in MERKELS *Hinterlass. Fragm. u. gesamm. Abhandl.,* II, 1899, S. 291—323) ähnliche Lehren aufgestellt hat. Auch er fordert einen allgemeinsten Teil der Rechtswissenschaft, welcher sich zu den allgemeinen Teilen der einzelnen Disziplinen ähnlich verhielte, wie diese zu den besonderen (a. a. O. S. 294, 299, 302, 308, 314). Auch er nennt diesen allgemeinen Teil Rechtsphilosophie, und es ist nur folgerichtig, wenn MERKEL zwischen dieser Lehre und der Jurisprudenz in engerem Sinne „keine natürliche Grenze und keine Scheidewand" zuläßt, „die nicht schlechthin willkürlich und jeder rationellen Bedeutung bar wäre". Vgl. dazu WIELIKOWSKI, *Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie,* 1914, S. 15/16, Anm. 3. — Eine der BERGBOHMschen ähnliche Forderung einer allgemeinen Rechtswissenschaft erhebt auch ELTZBACHER, *Über Rechtsbegriffe,* 1900. Obwohl er seine Gattungsbegriffe aus „dem *gemeinsamen Inhalt* von Normen der verschiedensten Rechtsordnungen" entstehen läßt (S. 51), will er auf diesem Wege trotzdem zu Rechtsbegriffen gelangen, die von den Änderungen der Rechtsnormen unabhängig wären (S. 63). ELTZBACHER beruft sich nicht auf BERGBOHM, sondern nennt als Beispiele von Hinweisungen auf die Bedeutung einer derartigen allgemeinen Rechtswissenschaft: A. FEUERBACH, *Kleinere Schriften* S. 163/64, 169/70; PUCHTA, *Institutionen,* I[9], S. 55/56; v. LISZT, *Strafgesetzgebung der Gegenwart,* I, 1894, S. XXV; POLLOCK, *The methods of jurisprudence,* 1882, S. 11.

gilt auch für die Rechtsphilosophie, was in bezug auf den Begriff der Philosophie gesagt worden ist: Wollte man denselben danach bestimmen, was alles Philosophie genannt wurde, so verführe man ähnlich, als wenn man nach den gemeinsamen Merkmalen jener Menschen fragte, die Paul heißen. Sie besitzen eben nur das gemeinsame Merkmal, daß sie so heißen.

Immerhin lassen sich drei Hauptgruppen der Bestimmung des Begriffes der Rechtsphilosophie als die geläufigsten hervorheben. Nach der einen soll darunter eben eine unserer juristischen Grundlehre ähnliche Wissenschaft verstanden werden. So bezeichnete z. B. BERGBOHM seinen bereits besprochenen allgemeinsten Teil der Jurisprudenz als „Philosophie des positiven Rechts“,[1]) und in einer teilweise ähnlichen Bedeutung gebrauchen dieses Wort auch MERKEL[2]) und neuerdings REINACH,[3]) HOLD V. FERNECK,[4]) KELSEN,[5]) MERKL.[6])

Eine zweite Auffassung des Begriffes Rechtsphilosophie betrachtet dieselbe hauptsächlich als juristische Wertlehre, d. i. als Lehre von den Voraussetzungen der Rechtspolitik oder als Lehre des richtigen Rechts. Diese Auffassung ist wohl die gebräuchlichste. Auf Grund derselben wurde bereits das Naturrecht, eine besonders geartete Lehre vom richtigen Recht, als Rechtsphilosophie bezeichnet. Ähnlich fassen das

---

1) *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* S. 96.

2) *Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft, Hinterl. Fragm.* II, 291 323.

3) *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts* in HUSSERLS *Jahrbuch*, I, 1913, 2. Teil, S. 818.

4) HOLD V. FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, 1913, S. 3.

5) KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, S. VII.

6) MERKL, *Zum Interpretationsproblem*, Grünhuts Zeitschrift, XLII, 1916, S. 536—538. Sowohl MERKLS „primäre Rechtsphilosophie“ oder „Rechtserkenntnistheorie“ mit der Fragenstellung: „Was ist Recht schlechthin?“, wie seine „sekundäre Rechtsphilosophie“ oder „Interpretationstheorie“ mit der Fragenstellung: „Wie ist auszulegen?“ — gehören hieher.

Wort auch STAHL,[1]) als „Wissenschaft des Gerechten", BIERLING,[2]) WUNDT,[3]) RADBRUCH,[4]) LASK [5]) u. a.[6])

Auch die Richtung der Neuhegelianer betrachtet im ganzen genommen die Rechtsphilosophie schon zufolge ihrer Bezugnahme auf den Entwicklungsgedanken und das Kulturprinzip als eine juristische Wertlehre, obschon eine scharfe Sonderung des Seins- und Sollensgedankens in bezug auf diese Richtung infolge der HEGELschen Metaphysik nicht angebracht wäre.[7])

Schließlich wird die Rechtsphilosophie auch als eine Wissenschaft aufgefaßt, welche die juristische Grundlehre und die juristische Wertlehre gemeinsam umspannt. Hieher ist z. B. die Bezeichnung der AUSTINschen *Lectures* im Untertitel als *the philosophy of Law* zu zählen. In diesem Sinne gebraucht das Wort auch STAMMLER.[8])

---

[1]) STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, I³, S. 1.

[2]) BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, I, 2.

[3]) WUNDT, *Ethik*, III⁴, S. 163.

[4]) RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914, S. 2, obwohl er (S. 17) den Prinzipien der Rechtslehre die Bezeichnung Rechtsphilosophie auch nicht vorenthält, indem er sie der „eigentlichen Rechtsphilosophie" gegenüber als „Philosophie des positiven Rechts" (und auch als juristische Erkenntnistheorie) bezeichnet.

[5]) LASK, *Rechtsphilosophie*, 1905, S. 3.

[6]) z. B. J. FRIEDRICH, *Die Bestrafung der Motive*, 1910; KORNFELD. *Soziale Machtverhältnisse*, 1911, S. 70; HILLER, *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, (Die Weisheit der Langenweile* II, 1913, S. 86/87); LÖWENSTEIN, *Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff*, 1915, S. 6 u. Anm. 11; WINDELBAND, *Einleitung in die Philosophie*, 1914, S. 322/23. Auch EMGE, *Über das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus*, 1916 kann hieher gezählt werden.

[7]) vgl. KOHLER, *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte* in Encyclopädie der Rechtswissenschaft, I⁶, 1904, S. 3—16; KOHLER, *Aufgaben und Ziele der Rechtsphilosophie*, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilos., III, 1909/10, S. 505/06; BEROLZHEIMER, *Zum Methodenstreit in der Rechtsphilosophie der Gegenwart*, ebenda S. 522.

[8]) STAMMLER, *Begriff und Bedeutung der Rechtsphilosophie*, Zeitschr. f. Rechtsphilosophie, Bd. I, 1913, S. 1—38; vgl. auch LIEPMANN, *Die Rechtsphilosophie des Jean Jacques Rousseau*, 1898, S. 16; SOMLÓ, *Das Verhältnis von Soziologie und Rechtsphilosophie*, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, IV, 1910/11, S. 564—568; WIELIKOWSKI, *Die Neukantianer in*

Diesen verschiedenen Bedeutungen des Wortes entsprechend ist nun die juristische Grundlehre entweder selbst als Rechtsphilosophie, oder als ein Teil derselben, oder aber als eine von derselben verschiedene Wissenschaft zu betrachten.[1])

§ 7. Wesen und Aufgabe der Jurisprudenz.

Wir können nunmehr zur kurzen Kennzeichnung jener Rechtsinhaltswissenschaft, der Jurisprudenz zurückkehren, die besonders eng an die in der juristischen Grundlehre gegebenen Voraussetzungen jeder Rechtsinhaltslehre gebunden ist, um des näheren zu zeigen, daß Gegenstand und Methode derselben zur Auffindung der juristischen Grundbegriffe nicht geeignet sind. Wir haben die Jurisprudenz bereits in aller Kürze als systematische Rechtsinhaltsdarstellung gekennzeichnet; wir können sie auch als eine fortlaufende Neuredaktion eines irgendwo gegebenen Rechtsinhaltes bezeichnen. So heiß auch gegenwärtig die Frage umstritten ist, ob die Jurisprudenz bloß einen gegebenen Rechtsinhalt systematisch darzustellen, oder daneben auch einen Rechtsinhalt zu finden hat — wir werden dieselbe weiter unten eingehend untersuchen —, so viel steht jedenfalls fest, daß der Jurisprudenz ein bestimmter Rechtsinhalt zur systematischen Bearbeitung gegeben ist. Insoweit ist nun für die Jurisprudenz der Rechts-

---

der Rechtsphilosophie, S. 84, Anm. 1 und bes. S. 176—179; Meurer im Arch. f. öff. Recht, XXXV, 1916, S. 337/38; Graf zu Dohna, *Die Problemstellung der kritischen Rechtstheorie,* Internat. Wochenschrift, 21. Dez. 1907; Henrich, Österr. Zeitschr. f. öff. Recht, II, 1915/16, S. 730/31; Joerges, *Rechtsunterricht und Rechtsstudium,* 1916, S. 157/58.

[1]) Über den Begriff der Rechtsphilosophie vgl. u. a. noch Schuppe, *Die Methoden der Rechtsphilosophie,* Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft, V, S. 209—274; Schein, *Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz,* 1889, S. 1; Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht,* 1903, S. 3; Sternberg, *Einführung in die Rechtswissenschaft,* I², 1912, S. 17; Eleutheropulos, *Rechtsphilosophie, Soziologie und Politik,* 1908. Für manche Auffassungen der Rechtsphilosophie taugt das Bergbohmsche Wort von einer „Rechtsphilosophie des leichten Herzens“, während wieder andere eigentlich nichts weiter als philosophische Sachverständige der Jurisprudenz abgeben.

norminhalt das Gegebene, der bestmögliche Ausdruck dieses Inhaltes aber das Gesuchte. Wie gebunden die Jurisprudenz an diesen Inhalt, so frei ist sie in bezug auf den Ausdruck dieses Inhaltes. In dieser Hinsicht ist sie an gar nichts gebunden.[1]) Weder an die Worte der zu verarbeitenden Normen, noch an die Begriffe, die durch diese Worte gedeckt sein wollen, noch an irgendwelche Anordnung von Sätzen.

Es ist immer nur der Forderungsgehalt, an den die Jurisprudenz gebunden ist, aber sie kann nach Belieben sowohl neue Worte, wie auch neue Begriffe zur besseren Wiedergabe dieses Forderungsgehaltes prägen, wenn es ihr angemessen erscheint, sie kann die gegebenen Sätze und Begriffe in ihre Teile zerlegen und aus ihnen neue Begriffe schaffen, wie auch den Forderungsinhalt mittels dieser in neue Sätze umgießen und diese wieder in ein beliebiges System anordnen. Wenn die Aufgabe der Philologie nach Boeckh als „Erkenntnis des Erkannten" bezeichnet wurde,[2]) so könnte man die diesbezügliche Aufgabe der Jurisprudenz als Erkenntnis des Geforderten kennzeichnen.[3])

Der Jurisprudenz ist wohl ein Forderungsgehalt zur Bearbeitung gegeben, aber die Feststellung dessen, welches dieser Forderungsgehalt sei, ist oft mit kaum lösbaren Schwierigkeiten verbunden. Es ist keine geringe Aufgabe, die Sprüche des Rechtsmachtsorakels zu entziffern, zu deuten und in die klare Form eines Systems zu gießen.

---

[1]) vgl. Jhering, *Geist*, II², 2. Teil, S. 355.

[2]) *Encyclopädie und Methodologie d. philolog. Wissenschaften,* 1877, S. 10. Zitiert nach Radbruch, *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung,* Arch. f. Sozialwiss., N. F. IV, 1906, S. 355.

[3]) Wollte man mit Sternberg *(Einführung in die Rechtswissenschaft,* I², S. 123) behaupten, „jede *richtige* rechtswissenschaftliche Aussage sei zugleich eine Rechtsnorm", so könnte man die Jurisprudenz sogar Forderung des Geforderten nennen. Nur würde man dabei mit Sternberg den Unterschied zwischen einer Forderung und der Feststellung des Vorhandenseins einer solchen übersehen. Vgl. auch Merkl, *Zum Interpretationsproblem,* Grünhuts Zeitschrift, XLII, 1916, S. 541: „Rechtswissenschaft ist im Grunde nur die Wiederholung eines unveränderten Inhalts in veränderter Form".

Die weitergehenden Fragen in bezug auf Wesen und Aufgabe der Jurisprudenz gestalten sich zum Teil ähnlich, wie die Auffassung über Wesen und Aufgabe der Rechtsanwendung, weshalb wir diesbezüglich auf die Untersuchungen über diese Frage verweisen.[1]) Hiervon vorläufig abgesehen, ist der für die Jurisprudenz gegebene Inhalt einem Text vergleichbar, der sich einer überreichen Bilderschrift bedient, die die Jurisprudenz zu entziffern und deren also gewonnenen Inhalt sie mittels eines möglichst entsprechenden Alphabetes, das sie sich selber schaffen muß, wiederzugeben hat.

Der Stoff, den die Jurisprudenz zu verarbeiten hat, ändert sich von Tag zu Tag. Zunächst dadurch, daß Forderungen fallengelassen und neue erhoben werden. Da sie nun den jeweils gegebenen Normengehalt in einem System darzustellen hat und in diesem jeder Norminhalt Sinn und Bedeutung nur mit Bezug auf den ganzen gegebenen Forderungsgehalt erhält, das beste System aber durch den gerade darzustellenden Normgehalt gegeben ist: so hat sie mit jedem Wechsel der zu bearbeitenden Normen fortwährend am geschaffenen System zu modeln, selbst wenn sie das beste bereits gefunden hätte.

Sie muß ihr System an jedem neuen Rechtssatz und an jedem Wegfall eines alten immer wieder erproben. Sie kann sich dabei oft nicht bloß mit einem Anbau oder mit einem Abriß eines Teiles begnügen, sondern hat ihr Gedankengebäude auf den, seitens der Grundlehre gelegten, Grundmauern allenfalls von neuem aufzurichten.

Sodann ist aber die Jurisprudenz auch dadurch zu einer fortlaufenden Umprägung ihres Systems gezwungen, daß sich die Verhältnisse, auf welche die ihr zur Bearbeitung über-

---

[1]) Über die Hochflut von Erörterungen über Wesen und Aufgabe der Jurisprudenz ist deshalb die Literatur über die Rechtsdeutung und Rechtsanwendung (siehe unten § 122) heranzuziehen.

Statt vieler vgl. vorläufig nur STAMPE, *Unsere Rechts- und Begriffsbildung*, S. 38: „Die Rechtswissenschaft hat zwei Arbeitsgebiete: Begriffsbildung und Rechtsfindung. Die Begriffsbildung ist ihre eigenste Domäne; durch diese führt sie uns zur Erkenntnis des Rechtes, das jetzt da ist und früher da war. Bei der Rechtsfindung ist die Jurisprudenz dagegen nur Beistand der Rechtsfindungsorgane; sie zeigt ihnen die Wege, auf denen man zu tauglichem neuem Rechte gelangt“.

gebenen Normen Bezug haben, fortwährend ändern,[1]) sich aber sowohl der Sinn von Normen wie auch sein entsprechender Ausdruck immer nur in Hinblick auf diese gegebenen Verhältnisse feststellen läßt. Also selbst, wenn die Rechtssetzungsmaschine still stünde, könnte die Jurisprudenz nicht still stehen, sondern hätte sich im ewigen Flusse des Lebens mitzubewegen.[2]) Sie hat ihr Normsystem mit Rücksicht auf diese fortwährenden Veränderungen auf der Höhe der Widerspruchslosigkeit und der logischen Geschlossenheit zu erhalten.[3]) Sie zeigt zu jeder Stunde, wie das Recht eben zu dieser Zeit lautet. Ihre Aufgabe ist unerschöpflich und kann gar nie beendet sein. Auch sie schafft in Lebensfluten, im Tatensturm am sausenden Webstuhl der Zeit und wirket der Gottheit lebendiges Kleid. Ihr wahres Wesen ist dem Schaffen des Erdgeistes ähnlicher, als der Schilderung so mancher Spötter. Erst wenn sie ihrer Aufgabe untreu wird und statt am Webstuhl der Zeit mitzuwirken, nur das Räderwerk ihrer Methode weiterklappern läßt, wird sie zur oft geschmähten leer einhergehenden Begriffsmühle.

Insofern hat sie also nicht bloß die entsprechende Form zum Zwecke des besten Ausdruckes eines *gegebenen* Norminhaltes zu suchen, sondern hat diesen Norminhalt selbst vorerst festzustellen. Wie dem auch sei, ob der von ihr zu verarbeitende Norminhalt als ein gegebener an die Jurisprudenz herantritt, oder ob erst sie selbst ihn zu gewinnen hat,

---

[1]) Vgl. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft,* S. 689; GMÜR, *Die Anwendung des Rechts,* 1908, S. 46: „Das Gesetz hat sein eigenes Leben, losgelöst vom Gesetzgeber" — (sc. von dem Gesetzgeber, dem es seine erste Entstehung verdankt!). „Während seine Fassung gleichbleibt, verändert sich doch sein Inhalt und damit sein Geltungsgebiet." Und ebenda S. 73: „Das Gesetzeswort bleibt bestehen; aber unmerklich und doch unaufhaltsam gewinnt es einen veränderten Sinn und Inhalt mit dem Wechsel der Lebenserscheinungen, auf die es Bezug nimmt".

[2]) EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft,* S. 13.

[3]) Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, wenn GNAEUS FLAVIUS H. U. KANTOROVICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft,* S. 35/36 seinen Spott über das Bestreben des Juristen ergießt, der die Rechtssysteme als widerspruchslose darzustellen sich bemüht und „in zeitlich und sachlich weitest entfernten Gesetzen *einen* Geist des Gesetzes findet".

stets bleibt es doch ihre weitere Aufgabe, den so oder so erhaltenen Inhalt nunmehr systematisch zu verarbeiten. Ihre Aufgabe besteht also immer nur entweder in einer Feststellung von Rechtsnorminhalten oder in einer Verarbeitung von solchen. Keine dieser beiden Aufgaben kann jedoch als ein Weg angesehen werden, der zu einer Erkenntnis der juristischen Grundbegriffe führen könnte. Die Jurisprudenz kann diese nicht entbehren, aber auf dem Wege ihrer besonderen Leistungsmöglichkeiten kann sie sie nicht gewinnen.

Der Normgeber kann der Jurisprudenz auf halbem Wege entgegenkommen, indem er seine Forderungen selbst in einer systematischen Form erläßt und jene Umprägung des Ausdrucks, die die eine Aufgabe der Jurisprudenz ist, von Zeit zu Zeit für einen Teil seiner Normen selbst besorgt. Eine derartige Kodifikation liefert der Jurisprudenz anstatt des sonstigen Rohmateriales zum mindesten ein Halbprodukt zur weiteren Verarbeitung. Aber grundsätzlich ist die Jurisprudenz auch durch derartige, in systematischer Form erlassene Normen nicht in anderer Art gebunden, als durch gänzlich unsystematische. Sie bleibt auch solchen Kodifikationen gegenüber, die ja selbst nur das Ergebnis einer vorhergegangenen Arbeit der Jurisprudenz zu sein pflegen, in bezug auf Erkenntnis und Ausdruck des Norminhaltes frei und hat auch fernerhin die entsprechendste Form für den festzustellenden gegebenen Inhalt zu suchen.[1])

---

[1]) Die hohe Bedeutung der Jurisprudenz für die Gesetzgebung und dadurch dann auf diesem mittelbaren Wege auch für die Entscheidung der einzelnen Fälle kann wohl — gegen manche allzu raschen Spötteleien über ihre Unfruchtbarkeit — kaum irgend eine Überlegung besser vor Augen führen, als das negative Bild, das der Mangel einer ausgebildeten Jurisprudenz in England liefert. Ich verweise diesbezüglich auf die Ausführungen Hatschek's *(Englisches Staatsrecht,* I, 152/53), der einen Grund der Fruchtlosigkeit aller bisherigen Kodifikationsversuche in dem Mangel einer Rechtswissenschaft und wissenschaftlichen Ausbildung der praktischen Juristen, der Barrister, sieht. „Denn wenn man die Leute, die den Versuch einer Kodifikation wagen, klagen hört, sie wüßten sich bei der Unmasse von Gesetzen, die bloß Amendements zum Common law wären, nicht zu helfen, man könnte kein System in die Sache bringen, ohne aus den verschiedensten Gesetzen Partikelchen

§ 8. Die Jurisprudenz als nomographische Wissenschaft.

Über die Stelle der Jurisprudenz im System der Wissenschaften, mit anderen Worten in bezug auf eine Einteilung der Wissenschaften, die auch dem Wesen der Jurisprudenz gerecht wird, ist der Streit der Meinungen nichts weniger als abgeschlossen. Aber erst die richtige Erkenntnis dieses Wesens ermöglicht eine klare Erfassung des Verhältnisses der Jurisprudenz zur juristischen Grundlehre.

Der Positivismus wußte von seinem verfehlten Ausgangspunkte aus mit der Jurisprudenz überhaupt nichts anzufangen und leugnete einfach, daß sie eine Wissenschaft sei. Auch der Gegensatz von Naturwissenschaft und Kulturwissenschaft bringt das erlösende Wort für die Jurisprudenz noch nicht,[1]

herauszuschneiden, was also doch nur membra disjecta gäbe; wenn man ferner diese Systemlosigkeit der Gesetzesabfassung vor Augen hat, und wenn man schließlich an den Mangel einer einheitlich ausgebildeten Rechts*terminologie* denkt, so liegt all dem nur das Fehlen jeder *wissenschaftlichen Verarbeitung* des Rechtsstoffes zugrunde. Eigentümlich wird es den kontinentalen Juristen anmuten, wenn er diese ehrlichen Versuche, der Sache beizukommen, in den Blaubüchern des englischen Parlaments verzeichnet findet; aber man wird gleich von vornherein zu der Frage geführt: Quält ihr Euch nicht vergebens? Wollt Ihr wirklich die Sysiphusarbeit vollbringen und ein Rechtssystem schaffen, das die Römer und die Deutschen in vielen hundert Jahren dauernder wissenschaftlicher Entwicklung geschaffen haben? Ihr wollt das mit 5–20 Männern in einem Zeitraum von 1—3 Jahren erreichen, woran die Römer und die Deutschen durch viele hundert Jahre mit Hilfe vieler Generationen von Rechtsgelehrten gebaut! Fürwahr ein vergebliches Unternehmen! Anzuerkennen ist, daß *diese Idee der Abhängigkeit der Kodifikation von der wissenschaftlichen Ausbildung der Juristen*, die uns seit Savigny und Jhering vollkommen geläufig ist, den Engländern auch allmählich aufzudämmern beginnt, denn der trefflich und fein gebildete englische Jurist Courtenay Ilbert variiert den Ausspruch Benthams, daß ein gutes Gesetzbuch eine unendliche Wohltat sei, mit den Worten, daß *ein gutes wissenschaftliches Buch die halbe Arbeit für ein Gesetzbuch* der betreffenden Rechtsmaterie wäre."

[1]) Vgl. Rickert, *Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, 1896, S. 593; Rickert, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft;* Windelband, *Naturwissenschaft und Geschichte*, 1894; Rumpf, *Gesetz und Richter*, 1906, S. 103, Anm. 1; Kantorovicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*,

obschon damit der Bann des Positivismus gebrochen ist. Der Gegensatz von Seinsbetrachtung und Sollensbetrachtung bringt den Begriff der normativen Wissenschaften und tut damit wiederum einen guten Schritt zur richtigen Erkenntnis des Wesens der Jurisprudenz. Schließlich gilt es aber auch noch innerhalb des Gebietes der normativen Betrachtung einen ferneren Unterschied zu beachten. Natürlich nennen wir nicht jede Wissenschaft eine normative, deren Gegenstand Normen bilden, sondern nur die, deren Aufgabe es ist, einen Norminhalt zum Ausdruck zu bringen. Es kann hingegen eine Wissenschaft, deren Gegenstand Normen bilden, eine Seinswissenschaft sein, wenn sie z. B. die Geschichte von Normen, also ihr Entstehen und Vergehen beschreibt. So ist die Rechtsgeschichte z. B. eine Wissenschaft, die Norminhalte zum Gegenstande hat, aber keine normative, da sie nicht Norminhalte zum systematischen Ausdruck bringen will.

Innerhalb des also umgrenzten Begriffes der normativen Wissenschaften können wir wieder danach unterscheiden, ob es normsetzende, oder bloß normdarstellende (oder dogmatische) Normwissenschaften sind. Wir können jene auch als *nomothetische* (jedoch nicht im WINDELBANDschen Sinne!), diese hingegen als *nomographische* oder dogmatische Normwissenschaften bezeichnen.[1]) Die nomothetischen suchen die Normen selbst auf, wie z. B. die Logik, oder die Ethik. Sie bringen sie aus den Tiefen der Vernunft ans Tageslicht. Dagegen ist den nomographischen Wissenschaften eine Vielheit bereits gesetzter Normen nur zur weiteren Bearbeitung gegeben. Diese

---

1911; LASK, *Rechtsphilosophie* in: *Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts,* 2. Aufl., 1907; RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie;* insbesondere aber KELSEN, *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft,* Schmollers Jahrbuch, XL, 1916, S. 1181—1239. Daselbst auch eine eingehende Kritik der Lehren RICKERTS, LASKS und RADBRUCHS.

[1]) Daß die Gegenüberstellung der Natur- und Kulturwissenschaften als Grundlage einer juristischen Methodologie nicht ausreicht, hat LÖWENSTEIN, *Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff,* 1915, S. 3 richtig erkannt. LÖWENSTEIN begnügt sich aber in seiner Abhandlung mehr damit, darüber Auskunft zu geben, „was die Jurisprudenz nicht ist“, als zu sagen, was sie ist (S. 15).

haben die Normen nicht erst zu finden, zum mindesten haben sie das nicht ausschließlich zu tun, sondern sie haben immer das schon Gegebene zum Ausgangspunkt zu nehmen, zu deuten und zu systematisieren. Die Jurisprudenz gehört zur Gruppe der nomographischen oder dogmatischen Normwissenschaften.[1])

Dieser Art ist auch z. B. die Grammatik oder die Theologie der positiven Religionen, der die Jurisprudenz am nächsten steht.[2])

---

[1]) KELSEN (*Hauptprobleme,* S. VI) übersieht diesen Unterschied, indem er lehrt: „Als normativ im ursprünglichen Sinne des Wortes gilt die Tätigkeit, welche autoritär Normen für ein Verhalten von Subjekten setzt, gilt das auf eine faktische Herrschermacht gestützte Erlassen von bindenden Geboten und Verboten. Da es sich hierbei um eine *Willens-*, nicht um eine *Denk*-Funktion handelt, kann eine Wissenschaft niemals in diesem ursprünglichen Sinne des Wortes als *normativ* bezeichnet werden. Nicht die „Ethik" benannte theoretische Disziplin ist der sittliche Gesetzgeber, sondern das menschliche Gewissen oder der Wille Gottes oder sonst eine willensbegabt gedachte Autorität. Nicht die Wissenschaft der Grammatik ist die Sprachbefehle erteilende Macht, sondern die den Sprachgebrauch bildende soziale Gemeinschaft. Und so ist auch die Jurisprudenz nicht normativ im Sinne einer rechtserzeugenden Gewalt, vielmehr muß hier, wie in allen Fällen, wo von normativen Disziplinen gesprochen wird, der fragliche Terminus in einer abgeleiteten Bedeutung gebraucht sein. Er kann nicht eine besondere Art des Wollens, er muß eine bestimmte Art des Denkens, eine eigenartige Betrachtungsweise kennzeichnen, die sich von den anderen Wissenschaften durch ihre spezifische Richtung unterscheidet und die darum eine normative genannt werden darf, weil sie nicht, wie z. B. die Naturwissenschaft, der Welt des Seins, sondern der Welt des Sollens zugewendet ist, weil ihr Ziel nicht, wie das der explikativen Disziplinen, kausale Erklärung des tatsächlichen Geschehens, also die Erkenntnis von Naturgesetzen, sondern die Erfassung von Normen ist". Eine eingehende Kritik dieser Einteilung würde an dieser Stelle zu weit abseits führen. Wir beschränken uns bloß auf den kurzen Hinweis, daß es immerhin einen Unterschied macht, ob mittels der Denkfunktion Normen gefunden oder bloß richtig verstanden werden sollen. Eine Theologie, die eine Religion auf der Grundlage der Vernunft aufzubauen unternimmt, ist eine anders geartete Wissenschaft, als die dogmatische Theologie einer positiven Religion. — Wieder anders faßt den Begriff der Normwissenschaft WUNDT, *Ethik,* I, S. 1—9; vgl. dazu wieder KELSEN, a. a. O., S. 55/56, siehe auch WUNDT, *Ethik,* III[4], S. 132.

[2]) Ähnlich STERNBERG, *Einführung in die Rechtswissschaft,* I[2], 123/24. Die Parallele zwischen den beiden ist jedoch nicht nach dem Beispiele von GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft,* S. 34—38 zu ziehen, der nur die Auswüchse beider Wissenschaften nebeneinanderstellt.

Das sogenannte „juristische Denken“ bedeutet weiter nichts, als die Gebundenheit dieses Denkens an Norminhalte, als ein Denken zum Zwecke der Darstellung von Norminhalten in Anknüpfung an *gesetzte* Norminhalte. Es ist somit die gemeinsame Eigenart des Denkens aller dogmatischen oder nomographischen Wissenschaften.

Wir können nach dem Gesagten das Verhältnis der Jurisprudenz zur juristischen Grundlehre auch noch dadurch kennzeichnen, daß, während die Jurisprudenz eine nomographische Wissenschaft ist, die juristische Grundlehre überhaupt keine normative Wissenschaft, sondern eine Seinswissenschaft ist. Sie hat es zwar auch mit Normen zu tun, sucht aber nicht einen Norminhalt zum Ausdruck zu bringen, sondern stellt Wahrheiten über eine Normenart auf.

§ 9. Die normative Methode Kelsens.

Den beiderseitigen Programmen nach lieferte die hier angebahnte Untersuchung gerade das Gegenstück zu der sogenannten normativen Methode der Jurisprudenz, die Kelsen in seinen *Hauptproblemen der Staatsrechtslehre*, 1911, für die Jurisprudenz fordert. Und zwar steht die hier geforderte juristische Grundlehre nicht in Widerspruch zur normativen Methode Kelsens, da sie ein vom Gebiete dieser verschiedenes Gebiet der Untersuchung für sich in Anspruch nimmt. Kelsen zieht nämlich eine scharfe Scheidelinie zwischen normativen Wissenschaften und Seinswissenschaften und fordert die strengste Ausschließung jedes seinswissenschaftlichen Gesichtspunktes aus der Jurisprudenz.

Nur wird von Kelsen dabei die Tatsache verkannt, daß die Jurisprudenz nicht umhin kann, auf den vorjuristischen Seinsbegriff des Rechtes zurückzugehen, und daß ihr überhaupt alle jene Seinsbegriffe, die mit dem Rechtsbegriffe mitgesetzt sind, zur Leistung ihrer eigensten Arbeit unentbehrlich sind.

Auch Kelsen will ja in seinen Untersuchungen über die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre zu allgemeingültigen — im Sinne von für jedes Rechtssystem gültigen — Ergebnissen gelangen. Schon daraus geht hervor, daß seine Hauptprobleme

nicht bloß rechtsinhaltliche Probleme sein können, und folglich können sie auch nicht in Beschränkung auf die normative Methode der Jurisprudenz ihre Lösung finden. KELSEN greift in das Gebiet der Voraussetzungen der Jurisprudenz über und übersieht dabei, daß er damit das Gebiet der normativen Rechtskonstruktion verlassen mußte.

Während also KELSEN mit aller Kraft jeden ungebührlichen Übergriff der seinswissenschaftlichen Methode in die juristische Konstruktion hintanhalten will, und ihm diesbezüglich auch vollkommen beizupflichten ist, übersieht er gänzlich jene unvermeidbaren seinswissenschaftlichen Anleihen, die die normative Jurisprudenz zu machen gezwungen ist.

Er erkennt, daß „das Faktum der Entstehung und Zerstörung des Rechts außerhalb der Ebene der juristischen Erkenntnis fällt, eine ihrer Voraussetzungen ist," „juristisch" — (im engeren Sinne dieses Wortes) — ein Mysterium ist;[1]) das kann aber nur heißen, daß es eine Tatsache ist, die nicht mit der speziellen technisch-juristischen Methode erfaßbar ist; nicht aber, daß es eine Tatsache sei, ohne deren genauer Kenntnis der Jurisprudenz die Anwendung ihrer technisch-juristischen Methode überhaupt möglich wäre. Die Frage, was Recht und Staat heißt, läßt sich für die Jurisprudenz nicht einfach als ein nur in unzulänglichen Bildern zu veranschaulichendes Wunder abtun.[2])

Die Jurisprudenz kann diese Fragen wohl mit ihrer Methode nicht lösen, aber zur Anwendung dieser Methode genügt die einfache Anerkennung der Tatsache, daß es ein Recht gibt, durchaus nicht. Es ist hiezu auch eine eingehende Kenntnis dessen notwendig, was das Recht ist und was es nicht ist und eine Menge damit zusammenhängender Dinge.

An anderer Stelle[3]) spricht KELSEN dagegen von einem juristischen Erfassen *des Wesens* der Rechtsordnung, was natürlich nicht angeht, da juristisch für KELSEN die Anwendung der speziellen Methode der Jurisprudenz als Rechtsinhaltswissenschaft bedeutet.

---

[1]) KELSEN, *Hauptprobleme*. S. 334.
[2]) Ebenda, S. 411.
[3]) A. a. O., S. 54.

Es wäre jedoch oberflächlich, über diese Ergänzung die Bedeutung der von Kelsen zur Bekämpfung der seinswissenschaftlichen Verirrungen der Jurisprudenz geleisteten hervorragenden Arbeit zu übersehen. Wie Rickert die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung den Kulturwissenschaften gegenüber festlegte, so bedurfte es zur methodologischen Klärung in der Jurisprudenz nunmehr einer Festlegung der Grenzen der seinswissenschaftlichen Begriffsbildung überhaupt den normativen Wissenschaften gegenüber, und diesbezüglich gebührt der Leistung Kelsens immerhin die Anerkennung eines nicht geringen Verdienstes.[1])

Die hergebrachte Logik erfährt mit dieser Klärung seit kurzer Zeit zum zweiten Male eine Berichtigung, und erst dadurch ist die Möglichkeit für die Grundlegung einer Methodologie der Jurisprudenz gegeben.

§ 10. Die Arten der Rechtsbegriffe.

Erst wenn die gewöhnlich fehlende Unterscheidung zwischen juristischer Grundlehre und Jurisprudenz in aller Schärfe durchgeführt ist, und erst wenn letztere als nomographisch-normative Wissenschaft erkannt ist, sind die Voraussetzungen zur Lösung der sowohl für die juristische Grundlehre wie für die Jurisprudenz hochwichtigen Frage gegeben, was unter Rechtsbegriffen zu verstehen ist, und was für Arten derselben zu unterscheiden sind.

Vor allem sind die Rechtsinhaltsbegriffe von den Rechtsformbegriffen zu unterscheiden, und es ist wohl darauf zu achten, daß nur jene eines juristisch-normativen Ursprunges sind. Der Begriff des Rechtes ist kein Rechtsbegriff im engeren Sinne des Wortes. Doch müssen wir ihn, wie auch alle die Begriffe, die mit ihm notwendigerweise mitgesetzt sind, ebenfalls als Rechtsbegriffe in einem weiteren Sinne des Wortes bezeichnen. Diese Frage der Benennung wäre übrigens nebensächlich. Wie man sich auch zu ihr stellen möge, er-

---

[1]) Auch den Untersuchungen H. Maiers (*Psychologie des emotionalen Denkens*, 1908) ist dankbar zu gedenken.

führt die Tatsache keine Änderung, daß die Analyse jeder beliebigen Rechtsnorm zweierlei Arten von Begriffen ergibt: solche, deren Bestimmung dem Urheber der Norm zusteht, und solche, auf die er keinen Einfluß zu üben vermag. Der letzteren Art *muß* er sich bedienen, und zwar in einem feststehenden Sinne, sobald er Rechtsnormen schaffen will. Es sind die Begriffe, die mit der Normart „Recht" mitgesetzt sind, die Begriffe, deren systematische Klarlegung die Aufgabe der juristischen Grundlehre bildet, und die an jede Jurisprudenz als Voraussetzungen ihrer Möglichkeit herantreten. Während wir diese als *juristische Grundbegriffe* bezeichnen, wollen wir alle übrigen Begriffe, mit denen die Jurisprudenz zu tun hat, fortan *Rechtsinhaltsbegriffe* nennen.

Es ist ferner zweckmäßig, innerhalb der zweiten Art wieder drei Unterarten zu unterscheiden: 1. solche, die der Urheber einer Rechtsnorm geschaffen hat; 2. solche, die der Urheber von Rechtsnormen in ihrem gewöhnlichen Sinne in die Rechtsnorm aufgenommen hat; 3. solche, die die Rechtswissenschaft selbst zur besseren Wiedergabe des Norminhaltes geschaffen hat.

Da die Jurisprudenz nur an den Normgehalt gebunden ist, nicht aber an die Form seines Ausdrucks, kann sie nach Gutdünken sowohl ihr besser geeignet erscheinende Worte, als auch nach ihrem Dafürhalten besser geeignete Begriffe zum Ausdruck des wiederzugebenden Normgehaltes prägen. Wir müssen folglich auch die von der Jurisprudenz geprägten Begriffe als juristische ansehen.

Juristische Begriffe im allgemeinen sind also alle Begriffe, deren sich jemand zum Ausdruck einer Rechtsnorm bedient, oder die er hiebei notwendigerweise voraussetzt, sei er nun selbst der Urheber der Rechtsnorm oder sonst wer immer. Juristische Grundbegriffe aber sind jene, deren sich jedermann zum Ausdruck einer Rechtsnorm notwendigerweise bedienen muß oder die er dabei notwendigerweise voraussetzt. Rechtsinhaltsbegriffe schließlich sind jene, die zu diesem Zwecke frei erwählt werden konnten — gleichviel ob sie bereits fertig vorgefunden oder erst zu diesem Zwecke erschaffen worden sind.

Zitelmann[1]) versteht unter Rechtsbegriffen selbst im „weitesten Sinne des Wortes“ nur „alle diejenigen Begriffe, die als Bestandteile eines Rechtssatzes vorkommen“. Dadurch würden aber die hauptsächlichsten Begriffe der Jurisprudenz aus dem Kreise der Rechtsbegriffe ausgeschlossen. Wenn irgendwelche Begriffe in einem Rechtssysteme nicht fertig vorkämen, könnten sie für dieses System nicht als Rechtsbegriffe gelten, auch wenn sie sich zu einem zutreffenden Ausdrucke seiner Forderungen getrost herausarbeiten ließen. Alle weitergehenden Verallgemeinerungen der Jurisprudenz, die ja keineswegs „als Bestandteile eines Rechtssatzes vorkommen“, wären danach keine Rechtsbegriffe. Und auch alle diejenigen Begriffe, die naturnotwendig von jedem Rechtssatz vorausgesetzt werden, aber ebenfalls nicht immer auch dessen Bestandteile bilden, könnten demnach nicht als Rechtsbegriffe angesprochen werden.[2])

In das entgegengesetzte Extrem fällt Eltzbacher,[3]) indem er umgekehrt, die vom Gesetzgeber geschaffenen Rechtsnormen und ihre Bestandteile nicht als Begriffe von irgend welchen Gegenständen gelten läßt, sondern sie bloß als Gegenstände betrachtet, von denen begriffliche oder nichtbegriffliche Vorstellungen gebildet werden können. Rechtsbegriffe wären ihm nach nur „die Begriffe der Rechtswissenschaft“.[4])

Das hieße aber dem Urheber von Rechtsnormen zumuten, er denke nicht in Begriffen, sondern in Gegenständen. Jede Norm muß sich als Denkakt gewisser Begriffe bedienen, wenngleich die Norm wiederum Gegenstand von Begriffen sein kann. Die Begriffe aber, deren sich eine Rechtsnorm bedient,

---

[1]) Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft,* S. 17.

[2]) Ein geringfügiger Einwand gegen die Zitelmannsche Einteilung der Rechtsbegriffe geht dahin, daß er (a. a. O., S. 17/18) folgende drei Arten unterscheidet: die reinen Rechtsbegriffe, die das Recht lediglich selbst schafft, zweitens solche, die das Recht unverändert aus dem Leben aufnimmt, drittens solche, die es wohl dem Leben entnimmt, jedoch in einem technisch-juristischen Sinne abändert. Diese dritte Unterart ist lediglich eine Abart der ersten.

[3]) Eltzbacher, *Über Rechtsbegriffe,* 1900, S. 18.

[4]) A. a. O., S. 25.

sind Rechtsbegriffe, wenn es auch die Begriffe von Rechtsnormen nicht minder sind.[1] [2] [3]

Bereits an dieser Stelle wird sich vielleicht das Bedenken erheben, dem wir noch häufig werden entgegentreten müssen, daß sich ja auch in bezug auf die Begriffe, die wir als Grundbegriffe bezeichnet haben, rechtsinhaltliche Bestimmungen, also in Rechtssätzen gegebene Bestimmungen denken lassen und solche auch tatsächlich vorkommen, wodurch diese Begriffe dann doch wieder in den Kreis der Rechtsinhaltsbegriffe hineingezogen würden. Wenn wir als Beispiele juristischer Grundbegriffe die Begriffe der Rechtspflicht, der Rechtsnormadressaten, der Rechtsquelle genannt haben, so kann es doch auch wieder

---

[1] Dasselbe gilt auch gegenüber Radbruch (*Der Handlungsbegriff*, 1903, S. 31), der unter Rechtsbegriffen ebenfalls nur „Begriffe von Inhalten juristischer Lehrsätze und von Elementen von Inhalten juristischer Lehrsätze versteht".

[2] Aus dem Gesagten folgt auch, daß es nicht angeht, sämtliche Rechtsbegriffe unterschiedlos als Verhältnisbegriffe anzusehen und zu behaupten, daß Dingbegriffe keine Rechtsbegriffe sein können. Da es Dinge sind, die in die juristische Relation gesetzt werden, so muß sich die Jurisprudenz auch für die Begriffe dieser in Relation gesetzten Dinge interessieren. Die Rechtsnormen bedienen sich auch der Begriffe von Dingen. Haus und Feld können auch Rechtsbegriffe sein. Daraus, daß der Begriff des Rechtes ein Relationsbegriff ist, folgt keinesfalls, daß sämtliche „Rechtsbegriffe" ebenfalls Relationsbegriffe sein müßten. In der Abhandlung Löwensteins, *Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff*, 1915, sind diese beiden Gesichtspunkte nicht gehörig auseinandergehalten. Vgl. dazu auch die dort angeführte Literatur, der u. a. noch hinzuzusetzen wäre, daß bereits Locke (*Versuch über den menschlichen Verstand*, Buch II, Kap. 28, § 6) den Begriff des Rechtes unter die Rubrik seiner „Ideen moralischer Relationen" bringt.

[3] Vgl. über das Problem der Rechtsbegriffe außer den bereits Zitierten auch noch Feuerbach, *Philosophie und Empirie*, S. 50—68; Windscheid, *Pandekten, I*, S. 57—60; Schlossmann, *Vertrag*, S. 235—243; Jhering, *Geist*, II[5], S. 309—389; Rümelin, *Juristische Begriffsbildung*, 1878; Lammasch, *Handlung und Erfolg*, Grünhuts Ztschr. IX; Binder, *Problem der juristischen Persönlichkeit;* Salomon, *Das Problem der Rechtsbegriffe*, 1907; H. Maier, *Pgychologie des emotionalen Denkens*, S. 736—740; Seuffert, *Über richterliches Ermessen*, 1880, S. 5; Lask, *Rechtsphilosophie*, S. 35/36; Reinach, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerl. Rechts*, in Husserls *Jahrbuch f. Philos.*, I, 1913, S. 686/87; Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechtes*, 1874, S. 7.

Rechtsbestimmungen darüber geben, — und es gibt auch tatsächlich welche, — was unter Rechtspflicht, unter Normadressaten, unter einer Rechtsquelle zu verstehen sei. Es entsteht dadurch die nicht genügend beachtete Frage, welche Bedeutung den Rechtsinhaltsbegriffen in bezug auf ähnliche juristische Grundbegriffe zukommt? In welchem Verhältnis z. B. eine rechtsinhaltliche Rechtsquellenlehre zu einer solchen der juristischen Grundlehre steht?

Es ist einer der wichtigsten Punkte für unsere Untersuchung, nicht zu vergessen, daß wir es in solchen Fällen mit *verschiedenen* und nur *gleichbenannten* Begriffen zu tun haben.

Es ist wohl einleuchtend, daß sich durch einen Machtspruch nicht eine Wahrheit umstoßen läßt, aber es wird sich das Bedenken erheben, daß, da eine Wahrheit in bezug auf gewisse Arten von Machtsprüchen (Rechtsnormen) deren ganzen Inhalt umfassen muß, diese Wahrheit niemals in Gegensatz zu einem besonderen Rechtsinhalt treten könne. Wenn nun doch eine bestimmte Rechtsnorm etwas verordnete, was irgend einem Satz der juristischen Grundlehre widerspräche, würde sie ihn dadurch nicht umstoßen? Liegt hier nicht eine Antinomie vor, die unsere ganze juristische Grundlehre umwirft? Es ist die Frage des „unmaßgeblichen Gesetzesinhaltes", die wir an dieser Stelle bloß andeuten wollen, um etwaigen Bedenken entgegenzukommen, aber erst in anderem Zusammenhange beantworten können.

Vorläufig nur so viel darüber, daß der Norminhalt nicht die Normform, der Inhalt nicht seinen Behälter bestimmen kann. Ein Norminhalt mag was immer bestimmen, was Frage der Normart ist, so wird das trotzdem nur eine Rechtsinhaltsbestimmung bleiben, wohl nicht ohne jede Bedeutung, doch auch nicht von *der* Bedeutung, das Wesen der Normart, in der die Bestimmung getroffen wurde, zu ändern.

Es mag daher eine Rechtsbestimmung was immer über einen Rechtsbegriff verfügen, die Verfügung bleibt trotzdem immer nur eine rechtsinhaltliche und reicht an den Grundbegriff nicht hinan. Es muß uns das sofort einleuchten, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß den Urheber von Rechtsnormen

nichts hindert, selbst darüber Bestimmungen zu treffen, was unter einer Rechtsnorm zu verstehen sei. Immerhin entsteht dadurch nur ein Rechtsinhaltsbegriff der Rechtsnorm, der nur besagt, was unter Recht zu verstehen sei, sobald jener Normsetzer den Ausdruck Recht gebraucht. Wenn auch dieser Begriff von Recht den juristischen Grund- oder Voraussetzungsbegriff der Rechtsnorm nicht gerade zufällig deckt, so bleibt dieser nichtsdestoweniger trotz jenem davon abweichenden Rechtsinhaltsbegriffe unwandelbar bestehen, und die betreffende Rechtslehre kann nicht umhin, ihn vorauszusetzen, wie später des näheren gezeigt und auch für die übrigen Grundbegriffe ausgeführt werden soll.[1] Sie hat es in solchem Falle einfach mit zwei verschiedenen Begriffen verschiedener Herkunft und Bedeutung, jedoch gleicher Benennung zu tun. Nur ein Grund mehr, auf ihre Verschiedenheit um so sorgsamer zu achten.

Es muß sich sowohl die juristische Grundlehre als auch die Jurisprudenz dieser Verschiedenheit derartiger Begriffe fortwährend bewußt sein und darf nicht unterschiedlos in unbewußter Verwechslung bald von dem einen, bald von dem anderen sprechen. Es liegt hier eine gewöhnlich gar nicht beachtete Aufgabe vor, deren Vernachlässigung arge Verwirrungen anrichtet.

Wenn von den Anhängern der englischen analytischen Schule vielfach darauf hingewiesen wird, welche Schwierigkeiten der Rechtslehre dadurch entstehen, daß eine Menge ihrer wichtigsten Begriffe, wie z. B. Norm, Pflicht, Person, Wollen, Sollen, Müssen, Subjekt, Objekt, Souveränität, Unter-

---

[1]) Vgl. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, S. 321: „Der Gesetzgeber hat in seiner Eigenschaft als rechtssetzender Faktor bei der Bestimmung der reinen Rechtsbegriffe *gar nicht* und bei der der bedingten" — wie es Stammler nennt — „*in allem* das entscheidende Wort zu führen." Auch Frenzel, *Recht und Rechtssätze*, 1892, S. 6: „Ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen über den Rechtsbegriff haben für die vorliegende Untersuchung keinen größeren Wert wie jede andere theoretische Meinung." „Denn es wäre ein Fehler, in den Begriff des Rechts irgend etwas aufzunehmen, was dem Konkreten, Wechselnden in der Erscheinung des Rechts angehört, und zu dem Konkreten, Wechselnden gehört der jedesmalige Inhalt der rechtlichen Bestimmung."

tan, Staat, Organ usw. usw. an einer schier überwältigenden Vieldeutigkeit leiden, so mag diese unerquickliche Tatsache wenigstens zum guten Teile ihre Erklärung darin finden, daß, während manche dieser verschiedenen Bedeutungen als Voraussetzungs- oder Grundbegriffe gelten, andere als Allgemeinbegriffe verschiedenen Grades und wieder andere als besondere Rechtsbegriffe verschiedener nationaler Rechtswissenschaften oder auch besonderer Teile solcher ihr gutes Recht besitzen. Die Begriffsverwirrung beginnt erst dort, wo diese verschiedenen Bedeutungen, das heißt die berechtigte Verschiedenheit dieser Begriffe, nicht erkannt wird, sondern diese auf Grund ihrer ähnlichen Benennung ununterschieden durcheinander gewürfelt werden.

Aus der Gegenüberstellung von Rechtsinhaltsbegriffen und juristischen Grundbegriffen, d. h. solchen, die eine Voraussetzung oder ein Apriori jedes besonderen Rechtsbegriffes bilden, darf jedoch nicht voreilig der Schluß gezogen werden, daß die Grundbegriffe keine empirischen Begriffe seien.[1])

§ 11. Zur Geschichte der juristischen Grundlehre: Austins notwendige Rechtsbegriffe.

Wir wollen im folgenden einige Versuche aus den bisherigen Bestrebungen zur Herausarbeitung einer juristischen Grundlehre herausgreifen. Wir wollen dabei durchaus nicht ausführlich sein und wollen von allen Erörterungen juristischer Grundbegriffe absehen, die in rechtsinhaltliche Untersuchungen der Jurisprudenz verflochten unternommen wurden. Es soll hier nur von einigen der Versuche die Rede sein, die insbesondere auf die Hervorkehrung der methodischen Eigenart solcher Untersuchungen gerichtet sind. Es sei damit durchaus nicht verkannt, daß die in schier unübersehbarer Fülle in die Jurisprudenz verwobenen Erörterungen juristischer

---

[1]) Es ist von Binder, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*. S. 88 unrichtig behauptet worden, daß die Grundbegriffe entweder abstrakte Begriffe im gebräuchlichen Sinne einer allgemeinen Rechtslehre sein müssen oder nur reine Begriffe im Sinne denknotwendiger philosophischer Kategorien sein könnten. Siehe hierüber mehr in §§ 43 und 45.

Grundbegriffe trotz der Verkehrtheit dieses Vorganges in ihrer Gesamtheit doch eine weit bedeutendere Vorarbeit zur juristischen Grundlehre liefern.

Wenn wir uns kurz des in vieler Hinsicht bedeutungsvollen HOBBES erinnern, der sich in seinen *Elementa philosophica de cive* die klare Aufgabe gestellt hat: *ne quae sint, sed quid sint leges, dicerem,*[1]) — ein treffender Wahlspruch für eine juristische Grundlehre —, können wir uns sofort JOHN AUSTIN zuwenden, der in einem postumen Aufsatz[2]) der nationalen oder partikulären Jurisprudenz eine allgemeine Rechtslehre gegenüberstellt, die es mit den gemeinsamen Begriffen, Grundsätzen und Unterscheidungen der entwickelteren Rechtsordnungen zu tun haben soll. Innerhalb dieser macht nun AUSTIN unseres Wissens als erster die bedeutungsvolle Unterscheidung zwischen solchen *notwendigen* Grundsätzen, ohne die eine Rechtsordnung überhaupt nicht gedacht werden kann, und anderen, die nicht notwendig sind, so daß sich ein System von Rechtsnormen auch ohne sie denken läßt.[3])

Auch ist es AUSTIN nicht entgangen, daß jene notwendigen Begriffe selbst zu den allgemeinen, jedoch nicht notwendigen im Verhältnis der Voraussetzung stehen, und daß ohne eine vorhergehende Klarlegung dieser unvermeidlichen Begriffe jeder fernere Versuch nichts weiter als „ein Gewebe unsicheren Geredes“ sein kann.[4])

Leider hält aber AUSTIN eine strenge Scheidung dieser beiden Arten von Rechtsbegriffen, der unvermeidlichen und der bloß allgemeinen, nicht für notwendig, sondern verweist beide in die allgemeine Rechtslehre.[5]) Auch fehlt es bei AUSTIN an einer weitergehenden Ausarbeitung des Begriffes

[1]) HOBBES, *De cive,* Praefatio ad Lectores.

[2]) AUSTIN, *On the uses of the study of Jurisprudence,* in *Lectures on Jurisprudence,* II[5], S. 1072.

[3]) AUSTIN, *Lectures,* II[5], S. 1073: „Of the principles, notions, and distinctions which are the subjects of general jurisprudence, some may esteemed necessary. For we cannot imagine coherently a system of law (or a system of law as evolved in a refined community), without conceiving them as constituent parts of it.“

[4]) *Ibid.,* S. 1075.

[5]) *Ibid.,* S. 1074.

der denknotwendigen Rechtsbegriffe, so daß bei Austin neben richtigen Beispielen solcher Begriffe (wie Recht, Pflicht, Souveränität, Staat) auch unrichtige vorkommen, wie z. B. die Unterscheidung der Obligationen *ex contractu*, *ex delictu* und *quasi ex contractu*, oder wie die Gegenüberstellung der Begriffe von Besitz und Eigentum einerseits und von Rechten, die nur einen Teil derselben ausmachen, andrerseits.[1])

Diese Vermengung ist bei Austin schon dadurch angebahnt, daß er — allerdings einigermaßen unschlüssig — von denknotwendigen Begriffen *jeder* Rechtsordnung oder der *entwickelteren* Rechtsordnungen spricht.[2])

Bereits in diesem Schwanken steckt ein Vermengen eines bloß allgemeinen Rechtsinhaltes mit den denknotwendigen Elementen des Rechtsbegriffes überhaupt.[3])

Es ist dabei auch nicht zu vergessen, daß der genannte Versuch ein postumes Werk des großen Juristen ist, zu dessen Herausgabe er sich selbst nicht hat entschließen können, da er daran noch manches ändern wollte.[4]) Und es ist vor allem nicht zu vergessen, daß uns Austin außer dieser Erkenntnis des Bestehens unvermeidlicher Rechtsbegriffe in seinem *The province of Jurisprudence determined*[5]) auch den ersten großartigen Versuch zur Herausarbeitung solcher Be-

[1]) *Ibid.*, S. 1073—1075.

[2]) *Ibid.*, S. 1073: „Some may be esteemed necessary. For we cannot imagine coherently *a system of law (or a system of law as evolved in a refined community)*, without conceiving them as constituent parts of it."

[3]) Diese Vermengung mag mit dafür verantwortlich sein, daß der sonst ausführliche Berolzheimer in seiner Geschichte der Rechtsphilosophie (*System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. III, 1905, S. 164) sowohl Austin wie seine analytische Schule kurzweg der allgemeinen Rechtslehre zuweist. Für einen Teil besonders seines postumen Werkes ist dies wohl richtig, hingegen trifft es für den weitaus größten Teil des von ihm selbst unter dem Titel: *The Province of Jurisprudence* veröffentlichten keineswegs zu.

[4]) Austin, *Lectures on Jurisprudence* I[5], S. 16 (Preface by Sarah Austin).

[5]) Dieses im Jahre 1832 noch von Austin selbst herausgegebene Werk ist nach seinem Tode wiederholt in die posthumen *Lectures on jurisprudence or the philosophy of law*, 2 Bände, 1. Aufl. 1861, 5. Aufl. 1911, aufgenommen worden.

griffe geschenkt hat. Es gehört zum Besten, was bisher über den Rechtsbegriff geschrieben worden ist, und es ist nur zu bedauern, daß sich die nicht-englische Rechtswissenschaft dieses Werk nicht in gebührender Weise zunutze zu machen verstand.[1])

Allerdings gehört Austin nicht zu den einladendsten Schriftstellern. Eine gewisse Unbeholfenheit im Anordnen des Stoffes und im Ausdruck, der nicht vom Fleck wollende schleppende Gang seiner ins feinste gehenden Begriffszerfaserungen machen sein Werk nicht gerade anziehend. Seine übergroße Klarheit und allzu peinliche Genauigkeit wirken oft nur ermüdend, wie ein allzu helles Licht das Auge bloß blendet. ohne es auch mehr sehen zu lassen. Schließlich konnte ihm seine platte Utilitätsmoral auf deutschem Boden auch nur hinderlich sein. Aber die Schärfe und Feinheit seiner Zergliederungen, seine Gewissenhaftigkeit und strenge Folgerichtigkeit bieten reiche Entschädigung für diese Mängel.

Auch die englischen Nachfolger Austins, selbst die seiner analytischen Schule angehörenden, haben seinen eigentlichen großen Grundgedanken, die Erkenntnis und Ausführung der notwendigen Rechtsbegriffe oder der Grundbegriffe des Rechts, nicht gebührend gewürdigt, geschweige denn weitergeführt, sondern haben sich vielmehr an die äußerliche Vermengung

[1]) Bereits Sir Henry Sumner Maine, *Village Communities* (1. Aufl. 1871) 4. Aufl. 1881, S. 66 u. *Lectures on the Early History of Institutions*. 6. Aufl., 1874, S. 343, klagt darüber, daß Austins Name im außerenglischen Europa unbekannt ist. Dieser Vorwurf wird dann öfters wiederholt. So z. B. noch neuerdings von Salmond, *Jurisprudence*, 3. Aufl., 1910, S. 495. Th. E. Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 1880, S. VII erhob ihn insbesondere mit Bezug auf die deutsche Wissenschaft. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, S. 13. Anm., wiederholte ihn 20 Jahre nach Maine auch deutscherseits, aber nicht mit mehr Erfolg. Allenfalls in der Völkerrechtslehre pflegt Austins Name unter den „Leugnern“ des Völkerrechts genannt zu werden. Zu den seltenen deutschen Juristen, die sich mit Austin befassen, gehört A. Affolter, *Zur Normentheorie*, Arch. f. öff. Recht, XXIII, 1908, S. 361—418.

Siehe über Austin u. a. auch Maine, *Lectures on the Early History of Institutions*, 6. Aufl., 1893, S. 343—346; Lightwood, *The Nature of positive Law*, 1883, S. 1—4; Clark, *Practical Jurisprudence, A comment on Austin*, 1883, S. 5/6; Markby, *Elements of Law*, 6. Aufl. 1905, S. 4. ff; J. S. Mill, *Dissertations and Discussions*, III, 207.

mit den allgemeinen Rechtsbegriffen in den aus seinem Nachlaß herausgegebenem *Lectures* gehalten. HOLLAND[1]) läßt die Unterscheidung der notwendigen und der bloß allgemeinen Rechtsbegriffe überhaupt fallen. Er behauptet wohl gegenüber AUSTIN sehr richtig, daß die allgemeinen Grundsätze der Jurisprudenz selbst aus einer einzelnen Rechtsordnung erkannt werden können und nicht erst auf dem Wege der Rechtsvergleichung gefunden werden müssen. Diese Erkenntnis hätte ihn erst recht zur Erfassung der notwendigen Rechtsbegriffe AUSTINS führen müssen. Überblicken wir jedoch sein System selbst, so merken wir alsbald, daß es ihm doch bloß um die allgemeineren oder praktisch wichtigeren Rechtsbegriffe zu tun ist. CLARK[2]) hält sich in der Auswahl seiner Gegenstände größtenteils an die *Lectures* AUSTINS und läßt sich mehr durch didaktische Zweckmäßigkeiten als durch irgendwelche systematische Grundsätze leiten. HEARN[3]) bleibt ebenfalls ganz am AUSTINschen Buche hängen. LIGHTWOOD[4]) knüpft zwar an die AUSTINsche Unterscheidung zwischen notwendigen und allgemeinen Rechtsbegriffen an und schlägt sogar für eine Wissenschaft von den ersteren die Bezeichnung *reine Rechtslehre* (*Pure Jurisprudence*) im Gegensatz zur allgemeinen Rechtslehre (*General Jurisprudence*) vor, ist aber nichtsdestoweniger weit davon entfernt, die eigentliche Bedeutung und Tragweite der AUSTINschen Unterscheidung zu erfassen, sondern stopft seine „reine Rechtslehre" mit Bewertungsfragen voll und versucht übrigens nur die Kritik einiger AUSTINscher Begriffe auf geschichtlicher Grundlage.

SALMOND[5]) unterscheidet zwar eine theoretische Rechtslehre (*the science of the first principles of the civil law*) und eine nationale, meint jedoch, daß sich zwischen beiden keine scharfe logische Scheidelinie ziehen lasse. Die erstere ist ihm eigentlich nichts weiter als eine Sammelstelle für die haupt-

---

[1]) TH. E. HOLLAND, *The Elements of Jurisprudence,* 1880, S. 8/9.

[2]) CLARK, *Practical Jurisprudence,* 1883, S. 7—10.

[3]) HEARN, *The Theory of Legal Duties and Rights,* 1883.

[4]) LIGHTWOOD, *The Nature of positive Law,* 1883, S. 12—24.

[5]) SALMOND, *Jurisprudence or the Theory of Law* (1. Aufl. 1902), 2. Aufl., 1907, S. 4—6.

sächlichsten Begriffe der allgemeinen Rechtslehre, der Rechtsgeschichte und der Rechtspolitik. Markby[1]) liefert eigentlich nur eine Untersuchung über das allgemeine Privatrecht mit Bezug auf die Lehren Austins und mit einer Einleitung über den Rechtsbegriff.

Auch die auf die „unwandelbaren“ Tatsachen der menschlichen Gesellschaft gegründete „true Science of Law“ von Sh. Amos[2]) hat mit der Austinschen Lehre nichts zu tun. Amos nimmt alles, was „aus den beständigen und allgemeinen Eigenschaften der Menschennatur“ und der menschlichen Lebensverhältnisse in den Inhalt der Rechtsordnungen einzugehen pflegt, in seine Rechtslehre auf. Seine „unwandelbaren Rechtsbegriffe“ sind typische Beispiele „allgemeiner“ Rechtsbegriffe, also von Rechtsbegriffen bloß allgemeiner, aber durchaus nicht denknotwendiger Geltung.

Wir schließen die Reihe mit John Ch. Gray,[3]) der die Austinsche Lehre von den notwendigen Rechtsbegriffen gründlich mißversteht, indem er dabei an überall notwendig gleichlautende *rechtsinhaltliche* Bestimmungen, also an überall notwendige Rechtssätze denkt, gegen die er sodann die gegen das Naturrecht mit Recht erhobenen Bedenken wiederholt.

Die analytische Schule weist also von dem hier in Betracht kommenden Gesichtspunkt aus nur die Fehler Austins, nicht aber seine Vorzüge auf. Der Mangel einer strengen Scheidung der notwendigen und der bloß allgemeinen Rechtsbegriffe in zwei besondere Systeme wird dieser Schule verhängnisvoll und führt auch innerhalb derselben wieder zur vollkommenen Verdunkelung der Austinschen Auffassung und zur Verkennung seiner eigentlichen hohen Bedeutung für die Rechtswissenschaft.

So ragt denn das Werk Austins wie ein isoliert dastehender erratischer Block aus der englischen Rechtswissenschaft nicht bloß seiner Zeit, sondern auch der bis zu unseren Tagen heranreichenden hoch hervor.

---

[1]) Markby, *The Elements of Law* (1. Aufl. 1871), 6. Aufl. 1905.

[2]) Sh. Amos, *The Science of Law*, 8. Aufl., 1896, S. 19, 23, 27.

[3]) John Ch. Gray, *Nature and Sources of Law*, 1909, S. 131/32.

§ 12. Eiseles unverbindlicher Gesetzesinhalt.

Unter den Hauptpunkten der Vorgeschichte der juristischen Grundlehre darf die Prorektoratsrede Fridolin Eiseles über den *Unverbindlichen Gesetzesinhalt*[1]) nicht übersehen werden. Freilich liefert sie kein fertiges System, es sollen bloß „Beiträge“ zu einem solchen sein. Sodann bezeichnet sie sich als „Beiträge zu einer allgemeinen Rechtslehre“. sie ist sich also des grundsätzlichen Unterschiedes ihrer Fragestellung und ihrer Methode von denen der allgemeinen Rechtslehre nicht bewußt. Ferner erscheinen diese Beiträge auch in einer umgekehrten logischen Anordnung, indem sie nicht das Aufsuchen der Wahrheiten, die notwendigerweise für jedes Rechtssystem Geltung haben müssen, zur Aufgabe machen, sondern umgekehrt von den Rechtsinhalten ausgehen, die keine Geltung haben können, die also „unverbindlich sind“. Schließlich läßt sich diese angebliche Unverbindlichkeit jener Gesetzesinhalte auch nicht so schlechthin behaupten. Wie im einzelnen näher gezeigt werden soll, sind die betreffenden Sätze nicht schlechthin unverbindlich, denn sie haben mindestens die Aufgabe, die Bedeutung je eines Wortes im Sprachgebrauche des Gesetzgebers festzustellen. (Überdies haben sie auch eine andere Bedeutung, die nur in Zusammenhang mit den Fragen der rechtsmäßigen und rechtswidrigen Rechtsentstehung erörtert werden kann.)[2])

Immerhin finden wir jedoch bereits bei Eisele die Andeutung, daß das Eigenartige gewisser Gesetzesinhalte, die er unverbindliche nennt, mit dem Wesen des objektiven Rechts zusammenhängt. „In dem Wesen des objektiven Rechts“ — lehrt Eisele — „sind gewisse Grundbestimmungen gegeben, welche von den Zufälligkeiten nationaler Veranlagung und geschichtlicher Entwicklung ebensowenig abhängig sind, als es von dem Belieben der Menschen abhängt, ob Recht überhaupt hervorgebracht werden soll oder nicht. Auch der Gesetz-

---

[1]) Freiburger Programm, 1885, abgedruckt in Arch. f. zivil. Praxis, LXIX.

[2]) Siehe unten §§ 39 und 40.

geber steht nicht *über* diesen Grundbestimmungen, sondern *sie* stehen vielmehr über *ihm;* er hat dieselben weder zu wollen, noch nicht zu wollen, sondern er hat sie, als durch die Natur des objektiven Rechtes gegeben, einfach hinzunehmen. Es handelt sich also hier um Grenzen der gesetzgeberischen Macht, und zwar um Grenzen, welche, weil in dem Wesen des objektiven Rechts beruhend, zu allen Zeiten und bei allen Völkern dieselben sein müssen."[1]) Eisele nennt die also gefundenen Sätze — „Lehrsätze, nicht Rechtssätze; Rechtswahrheiten betreffend die Natur des objektiven Rechts, die erkannt sein wollen, nicht Rechtsbestimmungen, denen Folge geleistet werden soll. Die Lehre von diesen Rechtswahrheiten gehört in keine der Einzeldisziplinen, in welche die Darstellung eines positiven Rechts gegliedert zu werden pflegt, weder in das Privatrecht, noch in das öffentliche, speziell Staatsrecht. Korrekterweise sollte sie auch nicht als Einleitung mit einer dieser Disziplinen verbunden werden; denn sie bildet die Einleitung zu der einen nicht minder als zu der anderen. Diese Darstellung gehört vielmehr in eine Einleitung in die gesamte Rechtswissenschaft."[2])

Trotz der auch hier wiederkehrenden verhängnisvollen Vermengung dieser Lehre mit der allgemeinen Rechtslehre liegt in diesen Ausführungen doch die Erkenntnis des Gegensatzes von allgemeingültigen Rechtswahrheiten, die aus dem Begriff des Rechtes fließen, und von Rechtslehren, die nur als Wiedergabe gesetzgeberischer Bestimmungen gelten.

§ 13. Bierlings juristische Prinzipienlehre.

Einen bedeutenden Schritt zur jüristischen Grundlehre bilden auch die Schriften Bierlings.[3]) Daß er in seinem ältern Werke die juristische Prinzipienlehre als einen Teil der Jurisprudenz bezeichnet, ist bloß Sache der Benennung.[4])

---

[1]) Freiburger Programm, 1885, S. 6.

[2]) *Ibid.*, S. 32.

[3]) Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe.* Bd. I—II; *Juristische Prinzipienlehre.* I—IV.

[4]) *Kritik*, I, 272.

In seinem spätern Werke definiert er die juristische Prinzipienlehre als „die systematische Darstellung derjenigen juristischen Begriffe und Grundsätze, welche im wesentlichen — ihrem stets gleichbleibenden Kerne nach — unabhängig sind von der individuellen Besonderheit irgend eines bestimmten (konkreten) positiven Rechts. Hierher gehört vor allem der Begriff des Rechtes selbst und was mit Notwendigkeit aus ihm folgt; sodann aber auch alle diejenigen Begriffe und Grundsätze, die sich sonst aus der wesentlich gleichartigen geistigen Organisation aller Menschen für die Theorie und Praxis des Rechtes ergeben".[1]) Mit dieser Zweiteilung der zu seiner juristischen Prinzipienlehre gezählten Lehren wirft Bierling wieder nach alter Weise zwei verschiedenartige Begriffssysteme durcheinander. Diejenigen Begriffe, die sich aus der wesentlich gleichartigen geistigen Organisation aller Menschen für die Theorie und Praxis des Rechts ergeben, sind nichts anderes als die in den verschiedenen Rechtsinhalten wiederkehrenden Begriffe und Grundsätze. Sie können nicht aus der Menschennatur *direkt* hergeleitet werden, denn das wäre Naturrecht, auch ist ihre Entstehung aus der „Menschennatur" kein Naturgesetz. Sie sind also weder im ontologischen, noch im normativen Sinne notwendig. Sie sind bloß gewöhnlich wiederkehrend. Die Menschennatur bewirkt gewöhnlich derartige Rechtsverordnungen, in denen sie enthalten sind. Es sind also keine allgemeingültigen Begriffe und Grundsätze, sondern bloß allgemeine, und diese Allgemeinheit kann nur auf Grund einer Vergleichung der Rechtsinhalte festgestellt werden. Es sind also Begriffe und Grundsätze, die nur *aus dem Inhalte* rechtlicher Bestimmungen genommen sein können und zu deren Ermittelung die Methoden führen, die der Norminhaltsdarstellung dienen. Gewöhnlich pflegt es jedoch auch mit dieser Allgemeinheit nicht so genau genommen zu werden, und bei näherem Zusehen zeigt es sich, daß es sich dabei nicht einfach um Wirkungen der gleichen geistigen Organisation aller Menschen handelt, sondern daß auch noch gewisse gleichgeartete *äußere* Umstände hinzukommen müssen,

[1]) *Juristische Prinzipienlehre*, I, S. 1.

damit sich für Theorie und Praxis des Rechtes ähnliche Begriffe und Grundsätze ergeben.

Wenn wir uns von der Definition der BIERLINGschen Juristischen Prinzipienlehre zur Ausführung derselben wenden, so merken wir sofort, daß es sich in diesen höchst wertvollen Untersuchungen zum guten Teile um Probleme einer allgemeinen Rechtslehre unserer Zeit und unseres Kulturkreises handelt und durchaus nicht um Probleme, welche durch die „im wesentlichen gleichartige“ geistige Menschennatur bedingt wären.

Ganz anders geartet sind die anderen Teile der BIERLINGschen Untersuchungen, die auf den Begriff des Rechtes und auf das, was mit Notwendigkeit aus ihm folgt, Bezug haben. Da diese Erörterungen nicht aus irgendwelchen Rechtsinhalten, auch nicht aus gleichgearteten geführt werden können, erfordern sie eine besondere Methode und ergeben ihrem Wesen nach jeder Rechtsinhaltsdarstellung gegenüber ein ihr vorangehendes geschlossenes System.

Ein solches hat uns zwar BIERLING nicht geliefert, aber jeder, der die Ausführung eines solchen versucht, wird die mannigfachen Vorarbeiten, die BIERLING dazu geleistet hat, dankbar anerkennen müssen.

§ 14. Jellineks Metajurisprudenz und Soziallehre des Rechts.

Höchst wertvolle Anregungen zur hier geforderten Methodenscheidung finden sich auch in den verschiedenen Schriften G. JELLINEKS. Ihm verdankt der seither öfters wiederholte Ausdruck *metajuristich* und *Metajurisprudenz* seine Entstehung.[1] Schon dieser Ausdruck deutet auf eine Lehre hin, die einerseits wohl juristisch ist, anderseits über die Jurisprudenz im gewöhnlichen Sinne des Wortes hinausgeht, also eine Lehre vom Rechte, die nicht Jurisprudenz ist. Sodann ist es wiederum JELLINEK, der der Staats*rechts*lehre die *soziale* Staatslehre, der allgemeinen Staatsrechtslehre die allgemeine Soziallehre des Staates gegenüberstellt[2]) und für eine Beachtung

---

[1]) JELLINEK, *Die rechtliche Natur der Staatsverträge,* S. 3.

[2]) JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre,* 2. Aufl., S. 11.

der Verschiedenheit der Methoden, die in beiden Gebieten herrschen, wiederholt eintritt. Diese Lehren finden bei Jellinek auch noch ihre Ergänzung durch den Hinweis, daß „für die ersprießliche Untersuchung der staatsrechtlichen Probleme die Erkenntnis des Zusammenhanges von sozialer Staatslehre und Staatsrechtslehre von der höchsten Bedeutung ist". „Wenn auch die Staatsrechtslehre die rechtliche Seite des Staates isoliert, um zu deren gründlicher Erkenntnis zu gelangen, so muß sie doch von Prinzipien ausgehen, die einer allseitigen Erkenntnis des Staates entsprungen sind. In den Systemen des Staatsrechts ist es bis auf den heutigen Tag die Regel, allgemeine Lehren vom Staate an die Spitze der Untersuchung zu stellen, die, nach Art von Dogmen behauptet, uns nicht verraten, woher sie kommen, die aber um so bedeutsamer sind, als aus ihnen die wichtigsten Schlüsse gezogen werden. Bei dem überwiegend deduktiven Charakter der juristischen Untersuchung sind in vielen Fällen die Resultate durch jene dogmatischen Sätze bereits apriori festgestellt. Alles Schiefe, Einseitige, Widerspruchsvolle in den herrschenden staatsrechtlichen Untersuchungen ist nicht zum geringsten Teile auf ihre unrichtige oder ungenügende Fundierung auf bestimmte Sätze der Staatslehre zurückzuführen."[1]) Jellinek spricht wohl nur vom Staatsrechte, aber aus unseren Ausführungen über das Verhältnis der Begriffe Recht und Staat, von Staatsrecht und übrigem Recht wird zur Genüge hervorgehen, daß es sich in bezug auf das übrige nicht anders verhalten kann, wie auch, in welchem Verhältnis die juristische Grundlehre zur Soziallehre des Staates steht. Aus den Ausführungen Jellineks ist hier festzuhalten, daß er gewisse Untersuchungen, die nach einer anderen als der technisch-juristischen Methode zu führen sind, als für jedes Staatsrecht geltende Voraussetzungen hinstellt, ohne welche die Staatsrechtslehre fehl gehen muß. Daß er diese Voraussetzungslehre nicht mehr als juristische Lehre, sondern als *Soziallehre* bezeichnet, tut nichts zur Sache. Wir werden später sehen, daß wir uns gegen eine ähnliche Bezeichnung nicht gerade

[1]) *Ibid.*, S. 12/13.

zu sträuben brauchten und von einer Soziallehre des Rechts sprechen könnten. Gegen eine solche Bezeichnung spricht jedoch, daß sie Mißverständnissen ausgesetzt wäre und manchen auf gewisse soziale Aufgaben der Jurisprudenz hinzudeuten schiene, während sie andrerseits wieder als eine Soziologie des Rechts aufgefaßt werden könnte, von der sie höchstens einen Teil bildet.[1])

§ 15. Stammlers reine Rechtslehre.

Die Spitze ihrer bisherigen Entwicklung hat die Idee einer juristischen Grundlehre mit STAMMLER erreicht. Die Heraushebung der Lehre von der Rechtsform ist von niemand so klar als notwendig erkannt und so folgerichtig durchgeführt worden. Bereits in seinem Werke *Wirtschaft und Recht* (1896) angebahnt, steht sie nunmehr in abgeklärter Form an der Spitze seiner *Theorie der Rechtswissenschaft* (1911).[2]) STAMMLER unternimmt in diesem Werke unter anderen Aufgaben auch den Nachweis, „daß *allgemeingültige* Begriffe im Rechte be-

---

[1]) Ganz abgesehen davon, daß die Bezeichnungen „Soziologie des Rechts“ und „soziologische Methode“ in der Rechtswissenschaft neuerdings in uneigentlichem, mit der herrschenden Bedeutung des Wortes Soziologie — insoweit von einer solchen überhaupt gesprochen werden kann — nicht übereinstimmendem Sinne verwendet werden. So z. B. von EHRLICH in seiner *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1912, und von SINZHEIMER, *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, 1909. Dasselbe gilt auch von SPIEGELS (*Gesetz und Recht*, 1913, S. 41) „sozialwissenschaftlicher Jurisprudenz“. Vgl. auch KANTOROVICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages, 1911, S. 275—309. Dagegen der ältere Gebrauch des Wortes bei STOERK, *Studien zur soziologischen Rechtslehre*, Archiv f. öffentliches Recht, I, 1885, S. 540—586; DARGUN, *Zur Methodik der soziologischen Rechtslehre*, Arch. f. öff. Recht, II, 1887, S. 542—566. — Vgl. ferner KRETSCHMAR, *Die Methode der Privatrechtswissenschaft*, 1914, S. 23/24; KOHLER, *Soziologie und Rechtsphilosophie*, Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.-phil., IV, 1910/11, S. 558—563; SOMLÓ, *Das Verhältnis von Soziologie und Rechtsphilosophie*, ebenda S. 563—569; TÖNNIES, *Soziologie und Rechtsphilosophie*, ebenda, S. 569—571; DEL VECCHIO, *Die Idee einer vergleichenden universalen Rechtswissenschaft*, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilos., VII, 1913/14, S. 228/29.

[2]) S. 6—10.

stehen, die von den Besonderheiten des Inhaltes dieser oder jener rechtlichen Ordnung unabhängig“ sind, und versucht zu zeigen, wie das System solcher Grundbegriffe des Rechtes „in restloser Vollständigkeit“ festgestellt werden könne.[1])

Auch stellt er die Lehre auf, daß „sich die Möglichkeit von reinen Grundbegriffen des Rechtes mit dem Werkzeuge bedingten Rechtsinhaltes als solchem nicht darlegen läßt. Sie können bloß dann begreiflich sein, wenn man von einem festen obersten Gedanken ausgeht, unter den sich aller begrenzte Stoff fassen läst. Dieser oberste Gedanke ist für unsere Lehre der Begriff des Rechtes selbst“.[2])

Diese Grundbegriffe „sind im Sinne der elementaren Eigenart des Rechtes zu bestimmen, in der Weise also, daß wir den formalen Ausstrahlungen des Rechtsbegriffes nachgehen, die als logische Funktionen bei jeder rechtlichen Erwägung zur Zusammenziehung auf jenen Begriff dienen“.

„Wir leiten also die hier gesuchten Grundbegriffe aus dem Begriffe des Rechtes selbst ab. Der Nachweis, daß eine bestimmte formale Gedankenrichtung zu diesen Grundbegriffen gehöre, und daß es ihrer nur eine begrenzte Anzahl gebe, ist in der Methode zu führen, daß man auf die elementaren Bestandteile zurückgeht, in deren einheitlicher Synthesis der Rechtsbegriff besteht. Indem wir die logischen Funktionen dieser Elemente verfolgen, so werden wir die gesuchten Grundbegriffe erhalten und nach Art und Zahl feststellen können.“[3])

Schärfer läßt sich der Gegensatz zwischen der juristischen Grundlehre und der Jurisprudenz nicht betonen, und es gehört zu den vornehmsten Verdiensten Stammlers um die Rechtswissenschaft, diesen Gegensatz in den Mittelpunkt seiner Untersuchungen gestellt zu haben, wenn auch sonderbarerweise in den zahlreichen Besprechungen, die Stammlers Werke hervorgerufen haben, gerade dieser Punkt nicht genügend berücksichtigt zu werden pflegt. Die Behauptung Stammlers, „es dürfte eine verbreitete, vielleicht allgemeine Ansicht sein, daß es Grundbegriffe der Rechtswissenschaft

[1]) Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, S. 180—190 ff.

[2]) *Ibid.*, S. 181.

[3]) *Ibid.*, S. 188.

gibt",[1]) kann in dem auch von ihm gebrauchten Sinne des Wortes nicht so ganz zugestanden werden. Es ist wohl richtig: „Immer wieder findet sich die Betonung des Gedankens daß allgemeingültige Begriffe im Rechte bestehen, die von den Besonderheiten des Inhaltes dieser oder jener rechtlichen Ordnung unabhängig seien; und mit einer gewissen elementaren Gewalt treibt es jeden, der eine begrenzte Rechtsfrage bearbeitet, daß er zu unbedingt geltenden Begriffen aufsteige, um mit ihrer Hilfe die einzelne Lehre erst klar und fest zu beherrschen." Aber es sind gewöhnlich nur Allgemeinbegriffe, denen eine höhere Art von Allgemeingültigkeit zugeschrieben wird, als ihnen zukommt, oder vielmehr, man ist sich des Unterschiedes dieser zweierlei Arten von Allgemeingültigkeit der den besonderen gegenübergestellten Rechtsbegriffe nicht bewußt, und es ist daher erst STAMMLERS Verdienst, diese Lehre so entschlossen zum Ausdruck gebracht zu haben.

Die Frage ist somit von STAMMLER richtig gestellt, und auch der Weg zu ihrer Beantwortung ist richtig gewiesen, indem er als Grundlage seiner reinen Rechtsbegriffe den Begriff des Rechtes hinstellt. Wenn wir uns seine Ergebnisse jedoch größtenteils trotz alldem nicht zu eigen machen können, so kommt das daher, daß wir den Lehren STAMMLERS über den Begriff des Rechtes selbst durchaus nicht folgen können. Da aber die ganze juristische Grundlehre von diesem Begriffe abhängig ist, muß sich mit einer Verschiebung in der Auffassung über das Recht jeder Teil des ganzen Lehrgebäudes mitverschieben, und so stehen wir trotz aller Anerkennung der Leistungen STAMMLERS doch vor der Aufgabe, den Grund neu zu legen und darauf die Lehre von neuem aufzurichten.[2])

---

[1]) *Theorie der Rechtswissenschaft,* S. 180.

[2]) Es ist überhaupt eine Eigentümlichkeit der Schriften STAMMLERS, daß ihre Bedeutung nicht so sehr in den Lösungen zu finden ist, die sie uns bieten, als vielmehr in einer glücklichen und fruchtbaren Stellung von Fragen und Setzung von Aufgaben. Er wird dem KANTschen Wort gerecht, zu wissen, was man vernünftigerweise fragen solle. Die von ihm gestellten Fragen werden seinem Namen selbst zu einer Zeit Ehre machen, die sie richtig beantwortet haben wird. Dies gilt sowohl hinsichtlich seiner Lehre vom richtigen Rechte wie für seine Lehre vom

So hängt es gleich mit seinem Rechtsbegriff zusammen, wenn er die Unterscheidung von Form und Inhalt der Rechtsnormen nicht gelten läßt, sondern „Form und Stoff der Rechtsgedanken“ unterscheidet.[1]) Bei STAMMLER gehört sowohl Form und Stoff (Materie) des Rechtes als überhaupt die ganze Rechtsnorm zum Inhalt „rechtlicher Gedanken“. Da muß dann natürlich innerhalb dieses Inhaltes noch zwischen Form und Stoff des Rechtes unterschieden werden, weil wir eben, wenn wir erst bei diesen rechtlichen Gedanken STAMMLERS halten, noch nicht beim Rechte angelangt sind.

Es ist das ein Unterschied, der erst im Zusammenhang mit einer Kritik der STAMMLERschen Definition des Rechts klargelegt werden kann.[2])

Ebenfalls mit einer Stellungnahme bezüglich des Begriffes des Rechtes hängt auch die Frage zusammen, in welchem Sinne des Wortes die reinen Grundbegriffe STAMMLERS reine Begriffe sind.

Begriffe des Rechtes und folglich auch für seine von diesem abhängigen reinen Grundbegriffe des Rechtes.

Vielleicht ist es ihm gerade durch diese seltsame Verknüpfung von Eigenschaften, der befruchtenden Fragestellung mit der unbefriedigenden Lösung derselben, in so hohem Maße vergönnt, anregend zu wirken und zum bedeutsamsten Kristallisationspunkt der neueren Rechtsphilosophie zu werden. Er vermag es, wie kein anderer, rechtsphilosophische Untersuchungen hervorzulocken und an den seinigen sich emporranken zu lassen. Sein abgerundetes, scharfsinniges und tiefernstes, aber schließlich doch nicht befriedigendes Gedankensystem ladet förmlich zu einer Untersuchung darüber ein, an welchem Punkte man ihm die Gefolgschaft zu versagen hat. Dadurch wurde er so Vielen zum willkommenen Vehikel ihrer Gedanken; dadurch wurde er auch zum Meistbesprochenen und Meistumstrittenen der neuern deutschen Rechtsphilosophie, wie ja der Schüler häufig gerade dem widerspricht, von dem er am meisten gelernt, im Kampfe mit dem er sich zu einer eigenen Ansicht durchgerungen hat.

[1]) *Theorie,* S. 6—10.

[2]) Wiederum einer gänzlich anderen Terminologie, wie auch einer sachlich an anderer Stelle gezogenen Grenzlinie bedient sich BINDING, indem er (*Handbuch des Strafrechts,* I, 1885, S. 197) für alle Rechtserzeugung zwischen „dem Ausdruck des Rechtsgedankens und dem Ausdruck des Rechtswillens“ unterscheidet. Die Aufstellung des sogen. Gesetzentwurfes bedeutet die Aufstellung von Rechtsgedanken, seine Erhebung zum Rechtssatz bedeutet die Hinzufügung der Rechtswillenserklärung.

Die Darstellung STAMMLERS läßt darüber Zweifel bestehen, was die Reinheit seiner Begriffe bedeute. Manche Wendungen legen die Annahme nahe, es handle sich um eine Apriorität dieser Begriffe im kategorischen Sinne der Transzendentalphilosophie, andere dagegen gestatten ihre Deutung in einem beschränkteren Sinne des Wortes.[1])

Hier nur kurz so viel über diese Frage, daß die Grundbegriffe wohl ein Apriori jeder Rechtsinhaltswissenschaft und namentlich der Jurisprudenz bedeuten, damit aber noch nicht zugleich gesagt ist, daß sie nicht empirischen Ursprunges wären. Es sind also keine reinen Begriffe im Sinne der Transzendentalphilosophie. Ihre Reinheit bedeutet nicht Reinheit von jeder Erfahrung, sondern bloß von jedem Rechtsinhalt. Es sind eben, wie der Begriff des Rechtes selbst, nur vorjuristische Begriffe, d. i. nicht-juristische in des Wortes technischer Bedeutung, es sind keine Rechtsinhaltsbegriffe. Nichtsdestoweniger sind es Erfahrungsbegriffe. Unbedingt und allgemeingültig sind sie nur für jeden Rechtsinhalt, nicht aber in einer weiteren Bedeutung des Wortes. Sie sind nur durch keinen Rechtsinhalt bedingt und nur allgemein für jeden denkbaren Rechtsinhalt gültig.[2])

[1]) Die Kritik BINDERS *(Rechtsbegriff und Rechtsidee,* 1915*)* dreht sich in erster Linie um diese Frage. Siehe darüber Näheres ebenfalls bei der Behandlung des Begriffes des Rechtes, § 45.

[2]) Wir gedenken in diesem Zusammenhang der Ähnlichkeit ihrer Bezeichnung halber auch zweier französischer Versuche, obwohl sie mit der *reinen* Rechtslehre STAMMLERS nichts zu tun haben. E. ROGUIN *(La Règle de droit, Étude de science juridique pur,* Lausanne, 1889*)* abstrahiert sowohl von jedwedem „positiven" Recht, wie auch von jeder rechtspolitischen Kritik und will die notwendigen Folgen gewisser Voraussetzungen untersuchen (S. 3, 13). Allerdings will er dadurch zu einem System von Rechts*möglichkeiten,* gewissermaßen zur Auswahl für einen imaginären Gesetzgeber gelangen (S. 15, 33/34.) Auch geht die Untersuchung von Haus aus irre, indem sie — von anderen Unzulänglichkeiten ganz abgesehen — ihren Ausgangspunkt nicht vom Rechtsnormbegriff, sondern vom Begriff des Rechtsverhältnisses nimmt und dann alsbald zu den allgemeinen Begriffen des Privatrechts übergeht.

Dieselbe Aufgabe begeisterte auch EDMOND PICARD, der sie in seinem *Le droit pur* (Paris, 1908) mittels der verschiedensten Redewendungen (S. 6—9) zu veranschaulichen bestrebt ist und sie schließlich (S. 8)

§ 16. Reinachs apriorische Rechtslehre.

Auch die von Reinach[1]) entworfenen apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes decken sich nicht mit der hier beabsichtigten juristischen Grundlehre, wenngleich auch sie einem Bedürfnis nach einer solchen entsprungen sein mögen. Reinach beabsichtigt nämlich zu zeigen, „daß die Gebilde, welche man allgemein als spezifisch rechtliche bezeichnet, ein Sein besitzen, so gut wie Zahlen, Bäume oder Häuser; daß dieses Sein unabhängig davon ist, ob es Menschen erfassen oder nicht, daß es insbesondere unabhängig ist von allem positiven Rechte“.[2]) „Von den rechtlichen Gebilden gelten apriorische Sätze.“[3]) Reinach gelangt zu solchen, indem er gewisse soziale Beziehungen von Menschen, die Rechtsnormen wohl als Gerüst dienen können, aber nicht müssen, als *rechtliche* Gebilde anspricht. Doch unterläßt er es, dabei von einem Rechtsbegriffe seinen Ausgangspunkt zu nehmen, der dafür Bürgschaft leistete, daß die behandelten Begriffe eben Rechtsbegriffe sind. Daher kommt es dann, daß Reinach, während er an einer Stelle[4]) davon spricht, daß seine apriorischen Grundlagen vom Rechte vorausgesetzt und benützt werden, an anderer Stelle wieder zuläßt,[5]) daß „das positive Recht von den Wesensgesetzlichkeiten, welche von den rechtlichen Gebilden gelten, nach Belieben abweichen kann“, ja diese Wesenheiten selbst „in ihr Gegenteil zu verkehren imstande ist“ — wonach deren „apriorische“ Natur nicht allzu strenge zu

---

als „*ensemble des permanences abstraites du droit,* comme sa partie immuable dégagée de toute végétation concrète et changeant“ bezeichnet. Seine Untersuchung erweitert sich alsbald zu einer Theorie der Rechtswissenschaft. Die uns hier näher angehenden Teile wählen zu ihrem Ausgangspunkt wieder nicht sehr glücklich den Begriff des subjektiven Rechts, womit sie sich wieder von ihrem eigentlichen Zweck entfernen.

[1]) A. Reinach, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts,* in Husserls *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung,* 1913, I. Bd. 2. Teil, S. 685—847.

[2]) A. a. O., S. 688.

[3]) *Ibid.,* S. 689.

[4]) A. a. O., S. 691.

[5]) S. 690.

nehmen wäre. Da Reinach seinen Untersuchungen keinen Begriff des Rechtes zugrunde legt, so hat er keinen Maßstab dafür, ob seine apriorischen Grundlagen „rechtliche Gebilde" sind oder nicht. Ein oder das andere Mal gelangt er wohl zu sozialen Beziehungen, die als notwendige Voraussetzungen jedes Rechtsinhaltes gelten können, zu andern Malen hat er es jedoch wiederum nur mit solchen Beziehungen zu tun, an die das Recht zwar häufig anknüpft, aber nicht anknüpfen *muß*. Man darf eine solche apriorische Phänomenologie des Rechtes natürlich nicht in der Weise ausführen wollen, daß sie das ganze Inventar von Gegebenheiten zu umfassen hätte, das juristisch bedeutsam werden *kann*. Das wäre gar nicht auszudenken, da ja eine Rechtsnorm jeden beliebigen Begriff juristisch bedeutsam werden zu lassen imstande ist. Die Begriffe des Rechtsinhaltes eignen sich also nicht zu Grundlagen einer apriorischen Rechtslehre. Diese muß auf die Gegebenheiten gerichtet sein, die die Elemente des Begriffes des Rechtes selbst abgeben; alles übrige mag wohl *vor*-juristisch sein, hat aber gar nichts Spezifisch-juristisches an sich, solange es nicht in den Inhalt einer Rechtsnorm Aufnahme findet. In einem Vertrage schlechthin eine apriorische Grundlage des Rechts zu sehen, wie es Reinach tut, ist nicht besser, als wollte man in der Tatsache der Geschlechtsverbindung oder in der Tatsache des Gebärens eine apriorische Grundlage des Rechts erblicken. Die biologischen Tatsachen von Mutter und Kind sind wohl apriorische Grundlagen der Rechtsordnung, wenn diese ein Familienrecht schafft, und in diesem Sinne sind auch die an sich bloß sozialen Beziehungen eines Vertrages apriorische Grundlagen eines bürgerlichen Verkehrsrechtes, aber wer die Sache so ansieht, der bestimmt doch nur erst a posteriori aus einem gegebenen Rechtsinhalt heraus dessen „apriorische" Grundlagen!

Ein Befehl kann z. B. ein Apriori für die Rechtsordnung in dem Sinne abgeben, daß das Recht im objektiven Sinne einen Befehl bedeutet, oder es kann der Befehlsbegriff einfach in dem Sinne als vorjuristisch bezeichnet werden, daß das objektive Recht bestimmte Befehlsbeziehungen zu Rechtsbeziehungen macht. Reinach hat es im Gegensatz zu unserer juristischen

Grundlehre nur im letzteren Sinne mit apriorischen Grundlagen des Rechtes zu tun.[1]) Seine sozialen Akte sind für die Rechtsordnung nur in dem Sinne apriori gegeben, daß sie sie nicht schafft, sondern nur aufgreift, daß nicht das Recht z. B. das Versprechen schafft, sondern nur gewisse Folgen daran knüpft.

Freilich sind in diesem Sinne streng genommen Wald und Flur, Haus und Feld ebensogut apriorische Grundlagen des bürgerlichen Rechtes, als Vertrag oder Versprechen. Und wenn Reinach sich trotzdem eine beschränkte Reihe solcher Grundlagen auswählt, so folgt er dabei wieder, trotz aller Verwahrung,[2]) nur dem Gesichtspunkte eines allgemeinen Rechtsinhalts, den, wie das so oft geschieht, schließlich auch er als einen allgemeingültigen hinstellt.

Nur dadurch konnte es ihm überhaupt in den Sinn kommen, besondere apriorische Grundlagen *des bürgerlichen Rechts* finden zu wollen. Bereits in diesem Vorhaben zeigt sich das Verfehlte seiner Methode. Besondere apriorische Grundlagen eines Teiles von Rechtsordnungen, die nicht ebensowohl Grundlagen der übrigen Teile wären, kann es gar nicht geben.

Trotzdem ist eine Analyse, wie sie Reinach unternimmt, für die Jurisprudenz wertvoll. Indem er gewöhnlich rechtlich zu regelnde Tatsachen auseinander setzt, gewinnt er scharf umrissene Fragestellungen für eine positivrechtliche Beantwortung. Eine solche Zergliederung juristisch bedeutsamer Tatsachen ist sowohl für die Gesetzgebung (also in rechtspolitischer Hinsicht) bedeutungsvoll, indem sie zeigt, was alles an der betreffenden Tatsache zweckmäßigerweise zu berücksichtigen ist, wie auch für die Deutung gegebener Normen, da aus einer solchen Zerlegung mindestens so viel hervorgeht, was alles in bezug auf die betreffende Erscheinung in Frage kommen kann. Die vielgeschmähte Begriffsjurisprudenz oder Dogmatik liefert zu einem Teile eigentlich eine solche

[1]) Seinem Sprachgebrauche gemäß (a. a. O., S. 818) wäre unsere juristische Grundlehre als „Philosophie des positiven Rechtes" von seiner „apriorischen Rechtslehre" zu unterscheiden.

[2]) A. a. O., S. 839/40.

nicht nur berechtigte, sondern notwendige Zergliederung, nur erscheint sie häufig mit den Bestimmungen der Rechtsnorm ungebührlich vermengt, so daß nicht klar erhellt, was eine „vorjuristische“ Analyse der geregelten Erscheinung, also Fragestellung, und was juristische Bestimmung, also Beantwortung der gestellten Fragen ist.

Die phänomenologische Analyse liefert folglich eine Reihe von Problemen für die Jurisprudenz. Sie beabsichtigt, mit anderen Worten, in deduktiver und erschöpfender Weise einen Überblick der Möglichkeiten zu liefern, die in der praktischen Erfahrung induktiv und kasuistisch-zufällig hervortreten. Damit ist die eigentliche Bedeutung der apriorischen Grundlagen Reinachs wie auch ihre Verschiedenheit von der hier entworfenen juristischen Grundlehre gekennzeichnet.

Erster Teil.

Der Begriff des Rechts.

Erstes Kapitel.

Begriff und Arten der Normen.

§ 17. Die Bedeutung des Begriffes des Rechts.

Die hohe Bedeutung des Begriffes des Rechts, dem wir uns nunmehr zuwenden, geht bereits aus dem Gesagten hervor. Er ist der Atlas, auf dessen Schultern die Kugel der juristischen Welt ruht. Die Erkenntnis dieser Bedeutung des Begriffes des Rechts spiegelt sich auch in dem Bestreben so vieler Systeme der Jurisprudenz, ihren Ausführungen eine Definition des Rechts im objektiven Sinn voranzustellen. Doch sind diese Definitionen leider zumeist den Karyatiden an unsern Häusern ähnlich: sie scheinen zu tragen, sind aber nur ein Schmuck, der getragen wird.[1])

---

[1]) Die Bedeutung dieses Begriffes ist wiederholt richtig erkannt worden. Bergbohm (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie,* S. 14, 71) hat sie besonders nachdrücklich hervorgehoben: „Im Zentrum aller unserer Begriffe und Lehren steht der Begriff Recht im objektiven Sinne selbst". „Der Rechtsbegriff bleibt der Kulminationspunkt aller juristischen Begriffe, Urteile und Systeme, der Kapital-Begriff der Jurisprudenz im allerweitesten Sinne." Bierling (*Juristische Prinzipienlehre,* I, 14) sieht in ihm den Ausgangspunkt, an den alle weiteren Ausführungen der juristischen Prinzipienlehre anzuknüpfen haben. Auch Stammler wird nicht müde, seine Bedeutung immer wieder zu betonen. Vgl. auch Schuppe, *Die Methoden der Rechtsphilosophie,* Ztschr. f. vgl. Rechtswiss. V, 1884, S. 232; G. Rümelin, *Eine Definition des Rechts, Reden und Aufsätze,* N. F., S. 321. Bergbohm (a. a. O., S. 62, Anm.) nennt zwei seltsame Autoren entgegengesetzter Meinung: J. Oudot (*Conscience et science du devoir.* Introduction à une explication nouvelle du C N., I, 1855, S. 174), der das fatale Wort *droit* ganz aufgeben will, ohne es zu vermissen, und Isid.

Es taucht aber auch wiederholt die Behauptung auf[1]), daß man mit einem so weitgespannten, für alle Zeiten und Völker gültigen Rechtsbegriff nichts anfangen könne. Man meint, ein so allgemeiner Begriff müsse derart inhaltsarm, so leblos und farblos werden, daß er schließlich zur Erfassung der lebendigen Wirklichkeit nicht mehr tauge. Das Recht sei ein in seiner Bedeutung wechselndes geschichtliches Gebilde. Auch die Wissenschaft dürfe von dieser bunten geschichtlichen Mannigfaltigkeit nicht völlig absehen, sondern nur mit einem für begrenzte Geschichtsperioden gültigen Rechtsbegriff arbeiten.

Dagegen ist jedoch einzuwenden, daß uns nichts daran hindert, jenem allgemeinsten Begriffe Unterarten einzuordnen, die der Fülle der historischen Entwicklung näher angepaßt sind und mit ihnen wieder Wärme und Farbe in die Darstellung zu bringen, wo es von nöten ist.

Andrerseits hat man es wieder sonderbar gefunden, daß in der Jurisprudenz über einen Begriff von solcher Wichtigkeit noch keine Einigung zustande gekommen ist, und man meinte, daß schon Kant über die Juristen spottet, die eine Definition zu ihrem Begriffe von Recht noch suchen.[2])

Müller (*Die Lehre von den Rechten, vom Unrechte und seiner Behandlung in und außer dem Staate*, 1861, S. 30), der ebenfalls all den Verlegenheiten, die ihm der Begriff des Rechts bereitet, durch eine Weglassung dieses Terminus entgehen zu können meint.

[1]) Neuerdings hat sie Hold von Ferneck (*Die Rechtswidrigkeit*, I) eingehend entwickelt.

[2]) Bereits Trendelenburg (*Die Definition des Rechts, Kleinere Schriften*, II, S. 80) sieht in dieser Bemerkung Kants einen Vorwurf. Auch Bergbohm (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, S. 78) bezeichnet sie als eine „spöttelnde“, mit dem Zusatz, sie treffe einen noch heute wunden Punkt der Jurisprudenz. Stammler (*Wirtschaft und Recht*, 1. Aufl., S. 492) meint ebenfalls, „dieses *ironische* Wort Kants war bisher nicht veraltet“. Bisher — denn er nimmt an, die richtige Definition des Rechts endlich gefunden zu haben. Doch nach Radbruch (*Grundzüge der Rechtsphilosophie* S. 30) gilt „Kants Spottwort“ noch immer. Nun ist erstens richtigzustellen, daß das vielzitierte Wort Kants: „Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe von Recht“ nicht so ironisch gemeint ist, als es den Anschein hat, wenn wir diesen Satz für sich, aus seinem Zusammenhang herausgerissen betrachten. Er steht nämlich

Es wird sich zeigen, daß der Jurisprudenz eigentlich nicht so sehr eine Einigung über das Wesen des Rechts fehlt, als eine in die Einzelheiten gehende Herausarbeitung ihres zugrunde gelegten Begriffes. Damit ist auch unsere Aufgabe gekennzeichnet. Sie besteht nicht im Ergrübeln irgend eines *neuen* Rechtsbegriffes, sondern nur in einer Zergliederung und sorgfältigen Erklärung dieses *vorhandenen* Rechtsbegriffes der Juristen. Dieser *vorhandene* Rechtsbegriff braucht sich deshalb nicht genau mit dem Sprachgebrauch zu decken. Schon G. Rümelin [1]) hat in ähnlichem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß die Sprache oft spielend und willkürlich den Bereich eines Wortes erweitert, indem sie es um eines einzigen gemeinsamen Merkmales willen auf sonst ganz verschiedene Dinge überträgt. Weshalb man jedes Wort da aufsuchen müsse,

---

in einer Untersuchung über die Definitionen (*Kritik der reinen Vernunft,* 1. Aufl., S. 731, Anm.), in der gezeigt wird, „daß philosophische Definitionen nur als Expositionen gegebener Begriffe, nur analytisch durch Zergliederung (deren Vollständigkeit nicht apodiktisch gewiß ist) zustande gebracht werden". „Würde man nun" — so heißt es weiter — „eher gar nichts mit einem Begriffe anfangen können, als bis man ihn definiert hätte, so würde es gar schlecht mit allem Philosophieren stehen. Da aber, soweit die Elemente (der Zergliederung) reichen, immer ein guter und sicherer Gebrauch davon zu machen ist, so können auch mangelhafte Definitionen, d. i. Sätze, die eigentlich noch nicht Definitionen, aber übrigens wahr und also Annäherungen zu ihnen sind, sehr nützlich gebraucht werden. In der Mathematik gehört die Definition *ad esse,* in der Philosophie *ad melius esse.* Es ist schön, aber oft sehr schwer, dazu zu gelangen. Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe von Recht." In diesem Zuzammenhang liest sich dieser Satz ganz anders. Er wird nicht als eine Merkwürdigkeit angeführt, sondern er dient als Beispiel der Schwierigkeit einer Definition — *in der Philosophie.*

Damit kommen wir zum Zweiten. Wenn Kant auch von einer Definition spricht, welche *die Juristen* zu *ihrem* Begriffe von Recht suchen, so denkt er dabei nicht an Juristen nach unserem heutigen Sprachgebrauch, und überhaupt nicht an unsere „Jurisprudenz", die er nach seinem bekannten Ausspruch *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre,* WW, Akad-Ausg., VI., S. 230) für einen Kopf hält, der wie der hölzerne Kopf in Phädrus' Fabel schön sein mag, nur schade! daß er kein Gehirn hat. Es ist ja vom Definieren in der Philosophie die Rede, folglich von den Juristen des Vernunftrechts und vom Begriffe des richtigen Rechts!

[1]) G. Rümelin, *Eine Definition des Rechts.* Reden und Aufsätze, N. F., S. 321/22.

„wo es seine volle und wahre Geltung hat, nicht an den fließenden Grenzen, mit denen es in fremde Gebiete hinüberschweift“.

Wenn nun der Rechtsbegriff des täglichen Lebens zufolge eines solchen Sprachgebrauches unbestimmt und schwankend ist, so darf es der Rechtsbegriff der Rechtswissenschaft nicht bleiben. Diese muß mit ihrem Begriffe vom Recht einen bestimmten Inhalt verknüpfen, wenn sie nicht alle ihre Lehren in die Unbestimmtheit des gemeinen Sprachgebrauches hinabgleiten lassen will.

Wenn es auch nicht wahr ist, daß sich mit einem Begriffe gar nichts anfangen lasse, bis man ihn definiert habe, so ist andererseits die möglichst genaue Definition eines Begriffes, dem eine so große Tragkraft zugemutet wird, wie dem Rechtsbegriffe in der Jurisprudenz und in der juristischen Grundlehre, geradezu unentbehrlich. Die kleinsten Abweichungen in der Fassung oder in den stillschweigenden Annahmen über diesen Begriff ziehen an den Peripherien der Systeme die auseinandergehendsten Folgen nach sich.

§ 18. Norm und Normalität.

Über den nächsten Oberbegriff des Rechts herrschte bis auf unsere Tage im großen und ganzen Einverständnis. Man pflegte das *genus proximum* des Rechts im Begriffe der Norm zu sehen.[1])

Aber auch gegenwärtig ist es die herrschende Ansicht geblieben, wenngleich manche Verfechter einer neuen Jurisprudenz ihren Angriff gegen die hergebrachte Lehre bis auf diesen allerersten Punkt erstrecken.

Vor allem müssen wir auf einen Doppelsinn des Wortes Norm hinweisen und den einen Sinn von unserem Gesichts-

[1]) Vgl. ANDERSSEN, *Das Gewohnheitsrecht,* in GRÜNHUTS Zeitschrift, XXXVII, S. 343; ILJIN, *Die Begriffe von Recht und Macht,* Arch. f. syst. Philosophie, XVIII, 1912, S. 73: „Wenn irgend eine These existiert, welche auf eine weitere Anerkennung bei den Juristen rechnen kann, so ist es die Behauptung, daß das Recht eine Norm oder eine Gesamtheit von Normen ist“.

punkte aus von vornherein ausscheiden. Das Wort Norm hat nämlich, ähnlich wie seine Synonyma Regel und Gesetz, eine Seins und eine Sollensbedeutung.[1]) Norm im ersten Sinn ist das gewöhnlich Geschehende, im zweiten das Geschehensollende. Jenes ist das Normale im Gegensatz zum Abnormalen, auch Enormen oder Ausnahmsweisen, dieses ist das Normgemäße im Gegensatz zum Normwidrigen.

Wenn wir nun den Begriff der Norm als den Oberbegriff des Rechts bezeichnen, so geschieht das im Sinne eines Sollens, also in des Wortes sogen. normativer Bedeutung. Nicht das Normale, das Regelmäßige soll damit bezeichnet werden im Gegensatz zum Abnormalen, zum Ausnahmsfall, sondern das Normgerechte, das Normgemäße im Gegensatz zum Normwidrigen. Es ist der Begriff des Sollens, dem wir das Recht unterstellen, indem wir es als eine Norm bezeichnen.

Doch schon gegen die Richtigkeit dieses allerersten Schrittes zur Bestimmung des Begriffes des Rechts erheben sich Zweifel. In jüngster Zeit ist nämlich der von altersher behauptete Satz, daß das Recht ein Komplex von Normen sei, in Frage gestellt worden. Bülow[2]) beginnt mit der Behauptung, daß, was der Gesetzgeber von sich aus fertigzubringen vermöge, noch kein geltendes Recht, sondern nur der Plan, nur der Entwurf einer zukünftigen, erwünschten Rechtsordnung sei.

---

[1]) Vgl. über diese beiden Bedeutungen des Wortes „Norm" und über diese Unterscheidung bei Kant *(Kritik der Urteilskraft,* § 17) Windelband, *Über Norm und Normalität,* in Aschaffenburgs Monatsschrift, III, 1907, S. 1—13; Simmel, *Einleitung in die Moralwiss.,* I, S. 69. — Diesen Doppelsinn verliert Brodmann *(Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur.* 1897, S. 6 ff.) aus den Augen, obwohl er die Rechtsordnung später als ein System von Imperativen bezeichnet. Unrichtig auch Hölder, *Das positive Recht als Staatswille,* Arch. f. öff. Recht, XXIII, 1908, S. 321 bis 360. Die beiden Bedeutungen sind richtig auseinandergehalten bei Holland, *The Elements of Jurisprudence,* 1880, S. 12—20. Die englische Bezeichnung für Norm ist bald „rules of conduct", bald „law", obwohl die letztere gewöhnlich im Sinne der *sanktionierten* Norm gebraucht wird. Vgl. Holland, a. a. O., S. 19; Austin, *Lectures,* I[5], S. 79. Dieser Sprachgebrauch ist eine schier unerschöpfliche Quelle sachlicher Konfusionen in der bezüglichen englischen Literatur. Vgl. auch Clark, *Practical Jurisprudence,* S. 106—111 und die dort zitierte ältere englische Literatur.

[2]) Bülow, *Gesetz und Richteramt.* 1885, S. 3.

Frenzel[1]) erklärt bereits, daß nicht die Rechtssätze oder Rechtsnormen, sondern die Rechtsgewohnheiten das Recht seien. Wurzel[2]) spricht — allerdings schwankend — von Rechtsnormen, die Naturgesetze der sozialen Entwicklung seien. Auch der Lehre Hold v. Fernecks[3]) mag hier gedacht werden, nach der die Gesetze Recht nur insofern hervorbrächten, als sie sich verwirklichen, „als die Normen aus der papiernen Existenz heraustreten, um sich im menschlichen Leben als eine Macht zu bewähren".

Innerhalb der Schule des freien Rechts finden ähnliche Gedanken immer häufiger Widerhall. Ehrlich[4]) betont sie allenthalben. Kornfeld[5]) machte sich die Bekämpfung dieses Axioms der herrschenden Rechtslehren, daß das Recht ein Komplex von Normen sei, zur Aufgabe und will das positive Recht in grundsätzlichem Gegensatz dazu „als ein System tatsächlich geltender Regeln des gesellschaftlichen Lebens" begreifen.[6]) Jung[7]) sieht „das eigentliche soziale Phänomen

[1]) Frenzel, *Recht und Rechtssätze.* Eine Untersuchung über den Rechtsbegriff der positiven Rechtswissenschaft, 1892, S. 75. 77. Vgl. dazu Bierling, *Juristische Prinzipienlehre,* I, S. 38, Anm. 5. — Frenzel bezeichnet sich als den Urheber dieser Theorie, a. a. O., S. 1: „Obwohl über die Natur des Rechts nach verschiedenen Richtungen hin lebhafter Streit herrscht, so hat doch noch niemand daran gezweifelt, daß Sätze, Regeln, Normen den grundlegenden Bestandteil in der Erscheinung des Rechts bilden, daß alle Eigenschaften, die sonst von dem Rechte zu seiner näheren Bestimmung ausgesagt werden müssen, lediglich als Merkmale jener Sätze, Regeln, Normen zu denken sind. Genauerer Prüfung hält diese Anschauung nicht Stand."

[2]) Wurzel, *Das juristische Denken,* 1904, S. 14, 31.

[3]) Hold von Ferneck, *Rechtswidrigkeit,* I, S. 11.

[4]) Neuerdings besonders in seiner *Grundlegung der Soziologie des Rechts,* 1913, S. 28—30.

[5]) Kornfeld, *Soziale Machtverhältnisse,* Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage, 1911, S. 32, 57, 59.

[6]) Dieser Kampf gegen die alte Lehre wird jedoch bei Kornfeld alsbald gelind, wenn er zugeben muß, daß „dieselben Rechtsregeln, welche Gleichmäßigkeiten des tatsächlich rechtlich-sozialen Verhaltens ausdrücken, zugleich die an jedes Mitglied der Rechtsgesellschaft gerichtete ethische Aufforderung enthalten, sich ihnen anzuschließen" (a. a. O., S. 57), was sodann ihre normative Geltung genannt wird (ebenda, S. 59).

[7]) Jung, *Das Problem des natürlichen Rechts,* 1912, S. 17, 145.

des Rechtslebens, die wirkliche Rechtserscheinung in den einzelnen Interessenausübungen", nicht in der Rechtsnorm und nennt einen Rechtssatz, „der sich nicht darauf berufen kann, daß die betreffende soziale Gemeinschaft *bisher* ihm entsprechend sich verhalten habe, sondern nur darauf, daß sie sich generell für seine *künftige* Beobachtung ausgesprochen habe, den Gesetzesrechtssatz, zunächst *nur eine theoretische Aussprache*". Die Verletzung eines neuen Gesetzes wäre demnach noch keine Rechtsverletzung?! Und SPIEGEL[1]) lehrt: „Ordnung ist das Recht, nicht Anordnung. Die Anordnung soll zu neuem Rechte führen, ist aber selbst noch nicht Recht."[2]) Allen diesen Einwendungen liegt der richtige Kern zugrunde, daß ein gewisser Grad der Verwirklichung der Normen, wie noch näher gezeigt werden soll,[3]) mit zu dem Begriff der Rechtsnormen gehört. Doch geht es nicht an, deshalb dem Rechte den Normcharakter abzusprechen. Auch befolgte Normen bleiben nichtsdestoweniger Normen.[4])

§ 19. Absolute und empirische (oder Willens-) Normen.

Aber auch der Sollensbegriff einer Norm wird in verschiedenen Bedeutungen gebraucht. Es muß also noch des näheren bestimmt werden, welche den Oberbegriff für das Recht abgibt, wenn wir es als eine Norm bezeichnen und von Rechtsnormen sprechen.

Da tritt uns nun vor allem der philosophische Sprachgebrauch entgegen, nach welchem dem Begriff der Norm die Bedeutung der Allgemeingültigkeit zukommt. Die Normen in

[1]) SPIEGEL, *Gesetz und Recht*, 1913, S. 39/40.

[2]) SPIEGEL bringt diese Lehre irrtümlich mit der ferneren in Verbindung, daß das Recht eine soziale Erscheinung sei und deshalb nur sozialwissenschaftlich begriffen werden könne. „Die Entstehung des Rechts ist ein sozialer und kein juristischer Prozeß" (a. a. O., S. 40). Als wenn der Satz, daß das Recht eine Anordnung sei, nicht ebenfalls ein sozialwissenschaftlicher, sondern ein juristischer wäre!

[3]) Unten, § 35.

[4]) Eine ungenaue Wiedergabe dieses Sachverhaltes findet sich bei PAULSEN, *System der Ethik*. 7. Aufl., 1906, S. 13.

diesem Sinne sind, wie es WINDELBAND[1]) ausdrückt, „in unmittelbarer Evidenz mit der Überzeugung verbunden, daß sie und sie allein realisiert werden sollen". Normen in diesem Sinne sind also bloß die unmittelbar evidenten, die unableitbaren, nicht weiter zurückführbaren Regeln, denen wir als letzten Gegebenheiten gegenüberstehen, die wir in diesem Sinne des Wortes als notwendige oder allgemeingültige bezeichnen. Wir können sie auch die höchsten nennen, als welche gewöhnlich die logischen, die ethischen und die ästhetischen Normen als einander koordinierte Normenarten des Wahren, Guten und Schönen hingestellt werden.[2])

Ihnen gegenüber stehen sodann die bloß zufälligen oder empirischen, nicht denknotwendigen, nicht die absoluten Werte zum Ausdruck bringenden verschiedensten Regeln und Vorschriften, die in dem engeren Sinne des Wortes nicht als Normen bezeichnet werden.[3])

Nicht in diesem exklusiven Sinne des Wortes gebrauchen wir den Begriff Norm, wenn wir den Rechtsbegriff als eine

---

[1]) WINDELBAND, *Präludien,* 3. Aufl., S. 292/93; in seiner Abhandlung über *Norm und Normalität* in ASCHAFFENBURGS Monatsschrift f. Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, III, 1907, gebraucht WINDELBAND jedoch den Sollensbegriff von Norm nicht in dieser engeren Bedeutung, sondern setzt ihn dem „Gesichtspunkt der teleologischen Betrachtung" gleich (S. 7).

[2]) Außerhalb jedes konventionellen Sprachgebrauches bezeichnet RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie,* S. 63, die Norm als die ethische schlechthin, indem er sagt: „Die Norm fordert normgemäßes Verhalten aus normgemäßem Motiv." „Die Norm verlangt Moralität, der Imperativ bloße Legalität." Damit im Gegensatz steht aber (S. 161), daß der Sinn jedes Imperativs eine Norm sei. „Keine Möglichkeit, den Inhalt eines Befehles ohne Rückgriff auf die Tatsache seiner Befohlenheit anzugeben, als mit den Worten: Sie soll sein." „Der Sinn jedes Wollens ist ein Sollen." Hier wird das Sollen und damit die Norm wieder in einem anderen, nicht mehr im Sinne eines absoluten Wertes genommen, und dadurch entsteht dann das „Paradoxe" dieser „Tatsache".

[3]) In diesem Sinne heißt es bei BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht,* S. 46: „Von Normen des Rechts zu reden ist unmöglich", wie auch in seinen Ausführungen in *Rechtsbegriff und Rechtsidee,* S. 189, Anm. 29 hervorgehoben wird. In diesem Sinne folgt ihm LÖWENSTEIN, *Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff,* S. 50 u. 55, indem er konsequent überhaupt die Möglichkeit heteronomer Normen leugnet.

Norm bezeichnen, sondern in dem weiteren, in dem er bloß dem Seienden gegenüber ein Sollen, wenn auch kein absolutes bezeichnet. In diesem Sinne bedeutet Norm also nur den Gegensatz des Optativs zum Indikativ.

Die hier hervorgehobene Bedeutung des Wortes Norm im Sinne unmittelbar evidenter oder absoluter Normen ist ein Spezialfall der schon von Wundt[1]) bemerkten Neigung, den Ausdruck Norm auf die wichtigeren Gebote zu beschränken und ihn den verhältnismäßig veränderlicheren Vorschriften vorzuenthalten. „Immerhin" — bemerkt dazu Wundt — haben auch solche untergeordnete Vorschriften den allgemeinen Charakter von Normen. Ihr Unterschied von den wichtigeren Normen liegt überall nur darin, daß sie bloße *Hilfsnormen* sind, die der besonderen Anwendung gewisser *Grundnormen* und ihrer Verbindung mit den Bedürfnissen des praktischen Lebens dienen, eine Vermittlerrolle, die ihnen dann zugleich im allgemeinen wandelbarere Eigenschaften verleiht, als den Grundnormen zukommen."

Es gibt also einen weiteren Begriff der Norm, der sowohl die Grund- als die Hilfsnormen, sowohl die unmittelbar evidenten wie die zufälligen, die höchsten wie die niederen umspannt. In diesem weitesten Sinne ist Norm jeder „Satz, den wir irgend einem Gebiet von Tatsachen als eine Forderung entgegenbringen".[2])

---

[1]) Wundt, *Logik*, II², 2. Teil, S. 626/27.

[2]) Wundt, *Ethik*, II, 539; Kelsen, *Hauptprobleme*, 6: „Forderung eines gewissen Verhaltens"; Iljin, *Die Begriffe von Recht und Macht*, Arch. f. syst. Philos., XVIII, 1912, S. 74: „ein Satz, welcher eine gewisse Ordnung als seinsollende behauptet". In diesem Sinne gebraucht den Ausdruck auch Bierling, *Kritik der juristischen Grundbegriffe*, I, S. 158, wenn er von einer Norm als einer „bloß an den Willen gerichteten Forderung" (im Gegensatz zu einer „anerkannten" Forderung) spricht. Dagegen ist es eine doppelt ungerechtfertigte Einengung des Begriffes, wenn Bierling das Wesen der Norm an anderer Stelle (*Juristische Prinzipienlehre*, I, 29) als „Ausdruck eines Wollens" und noch dazu eines solchen, „das seine Vollziehung von andern erwartet" bezeichnet. Wogegen bereits von H. A. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit*, 1911, S. 4, Anm. 1. eingewendet worden ist, daß es auch autonome Normen geben kann. — Noch willkürlicher erzwungen ist der Sprachgebrauch Bindings, der (*Normen*, I², S. 45, II², S. 132, Anm. 1) unter Normen nur „Rechts-

Es fehlt wohl auch nicht an Versuchen, den Begriff einer Rechtsnorm im Sinne des absoluten Normbegriffes zu verstehen, sie müssen aber als durchaus mißlungen angesehen werden.[1])

Es ist ferner auch darauf zu achten, daß in diesem allgemeinen Begriffe der Norm, der sowohl die unmittelbar evidenten oder absoluten wie die empirisch gesetzten Normen umfaßt, der Begriff des Willens noch nicht enthalten ist. Nicht jede Norm bedeutet den Ausdruck eines Willens, sondern es gibt Normen, die ein Sollen ausdrücken, das auf einen Willen zurückführt, und es gibt Normen, die ein Sollen

---

sätze, welche höchstpersönliche Rechtspflichten aufstellen", verstanden wissen will. Dieser Sprachgebrauch beruht auf einer ganz unnötigen Einengung des Normbegriffs. Die Rechtssätze sind dieser Auffassung nach nicht Normen, sondern nur ein Teil der Rechtssätze ist es. Norm bedeutet nur „eine Art der Rechtssätze" (*Handbuch des Strafrechts*, I, S. 157, Anm. 8). Rechtssätze, welche die Konsequenzen einer Normübertretung angeben, nennt BINDING nicht mehr Normen. Obwohl WUNDT (*Logik*, II², 2. T., S, 579, Anm.) hierauf schon langeher hingewiesen hat, wird dieser Umstand in den Behandlungen der BINDINGschen „Normentheorie" nicht immer richtig erkannt. — Vgl. über den Begriff der Norm außer den Zitierten auch noch die bei BINDER, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, 1915, S. 200, Anm. 7. angeführte Literatur. In einem absonderlichen Sinne gebraucht das Wort Norm KRUG, *Zum Normbegriff*, 1906, S. 7, indem er darunter nur eine Richtschnur, „die aus einsichtsvoller Selbstbeschränkung gezogen wird", versteht.

[1]) So lehrt z. B. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 361 „Norm ist niemals etwas von außen Kommendes, sondern muß stets die auf einer Eigenschaft des Subjektes ruhende Fähigkeit besitzen, von diesem als berechtigt anerkannt zu werden. Darum ist es schließlich eine, von der gesamten Kulturanlage eines Volkes bedingte Überzeugung, ob etwas, das den Anspruch erhebt, Norm zu sein, in einem gegebenen Zeitpunkt diesen Charakter wirklich besitzt." Es ist das eine Vorstellung, die jedenfalls am absoluten Normbegriff orientiert ist, ohne ihn jedoch scharf ins Auge zu fassen. Der Fehler, den Rechtsbegriff unter diesen Normbegriff zu ziehen, wird uns weiter unter beschäftigen. — BINDER, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, S. 7, will den Normbegriff im Sinne einer apriorischen Kategorie als Oberbegriff des Rechts hinstellen, sieht sich jedoch alsbald (S. 59) zu der Erkenntnis gedrängt, „daß die positive Jurisprudenz unter Rechtsnorm eben etwas durchaus anderes versteht als eine apriorische Bewußtseinsfunktion", und bedient sich übrigens auch selbst eines Rechtsbegriffes in davon abweichendem Sinne (z. B. S. 125; vgl. auch S. 189, Anm. 29). Siehe darüber Näheres in § 45.

ausdrücken, das sich nicht auf einen Willen zurückführen läßt. Die absoluten Normen sind keine Willensnormen, wohl aber die empirischen. Mithin setzt erst der Begriff der Rechtsnorm, als einer empirischen Norm den Begriff des Willens voraus.[1])

Daraus folgt ferner, daß die öfters behauptete vollkommene Gegensätzlichkeit von Sein und Sollen, die Behauptung, daß beide ursprüngliche Kategorien seien, die nicht aus einander abgeleitet werden könnten,[2]) nur für das unmittelbar evidente Sollen gilt, das in den absoluten Normen zum Ausdruck gelangt, nicht aber auch für das Sollen, das bloß einer empirischen Norm entspringt. Natürlich besteht auch der Begriff solcher Normen in einem Sollen, aber dieses Sollen bedeutet keinen unüberbrückbaren Gegensatz zum Begriffe des Seins, sondern ist vielmehr selbst ein Sein.[3])

Hier steckt nun der Irrtum des gedankenreichen Kelsenschen Buches über die *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Er ließ sich durch die Mehrdeutigkeit des Norm- oder Sollensbegriffes und durch den fundamentalen Gegensatz des Seins und des in einem bestimmten Sinne genommenen Sollens dazu verleiten, Sein und Sollen schlechthin für alle Bedeutungen des Sollens in gleicher Weise schroff gegenüberzustellen. Auf diesem Wege gelangt Kelsen dazu, jede seinswissenschaftliche Grundlegung der Lehre vom Rechtssatz zurückzuweisen und es als eine Methodenverirrung zu brandmarken, wenn das

---

[1]) A. Reinach, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, in Husserls Jahrbuch, I, S. 804, bezeichnet die empirischen Normen als *Bestimmungen*. Die Normen, die absolute Werte zum Ausdruck bringen und ein denen entsprechendes „allgemeingültiges“ Sollen bedeuten, sind keine Bestimmungen. „Ein solches Seinsollen und Tunsollen — lehrt Reinach — besteht seinem Sinne nach an sich, unabhängig von der Erkenntnis oder der Setzung irgend eines Bewußtseins. Eine Bestimmung dagegen setzt ihrem Wesen nach eine Person voraus, welche sie erläßt.“

[2]) Kitz, *Seyn und Sollen*, 1869, S. 74; Simmel, *Einleitung in die Moralwissenschaft*. S. 8; Kelsen, *Hauptprobleme*, S. 7. und neuerdings eingehend Kelsen, *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft*, Schmollers Jahrbuch, XL, 1916, S. 1181—1239.

[3]) Richtig bei Emge, *Über das Grunddogma des rechtsphilosophischen Retativismus*, 1916, S. 33/34.

rechtliche Sollen oder der Rechtsbegriff auf ein Sein zurückgeführt wird.

Die letzten Denkforderungen, ohne die es auch gar kein Sein geben kann, dürfen freilich nicht wieder als Seinstatsachen aufgefaßt werden. Ein solches Unterfangen wäre ein kurzsichtiger Psychologismus. Daraus folgt aber nichts weniger, als daß diese Würde für jeden Sollens- oder Forderungsbegriff schlechthin in Anspruch genommen werden dürfte,[1]) wie das Kelsen will, indem er dagegen eifert, daß das juristische Sollen auf Seinskategorien zurückgeführt werde und auch hierin „Psychologismus" sieht. Der Sollensbegriff ist ebenso vieldeutig wie der Normbegriff, und deshalb muß, wer über das Sollen etwas zu sagen hat, vorerst klar machen, welches Sollen er meint.[2])

[1]) Vgl. Somló, *Das Wertproblem*, 1912, S. 10, S.-A. aus der Ztschr. f. Philosophie u. philos. Kritik, Bd. 145 u. 146; Husserl, *Logische Untersuchungen*, I, 1913, S. 41.

[2]) Kelsen, a. a. O., S. 67/68, pocht darauf, daß „auch dann, wenn irgend jemandes Wille besteht, dessen Inhalt zugleich Inhalt einer Norm ist, doch die Norm, die das Sollen statuiert, formal von dem Wollen geschieden werden muß". Es ist vollkommen richtig, daß es „eine irreführende Ungenauigkeit ist, wenn das Urteil: ich will, daß du ... und das Urteil: du sollst ... ihrer Bedeutung nach identifiziert werden. Vielmehr ist völlig verschieden, was beide behaupten: „das erste ein Sein, das zweite ein Sollen". Das hat jedoch nichts mit der Tatsache zu tun, daß manche Forderungen auf einen Willen irgend jemandes zurückzuführen sind, während es Forderungen gibt, die von allem Wollen unabhängig sind. Wielikowski, *Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie*, S. 153/54, bemerkt gegen Kelsen richtig: „Die einzelnen *Normarten* sind nimmermehr der reinen Soll-Idee adäquat." Und „schon die Einteilung in autonome und heteronome Normen geschieht nicht mehr auf der Basis der rein normativen Betrachtungsweise. Jede Frage danach, welche Autorität sie setze, ist ein genetisches, folglich explikatives Erkenntnisproblem. Da aber Kelsen die Rechtsnormen von vornherein als heteronome bezeichnet, so ergibt sich: schon am Anfang, sozusagen noch an der Schwelle der juristischen Betrachtungsweise kann die normative Erkenntnisart nimmermehr in ihrer Reinheit bewahrt werden." Vgl. auch *ebenda*, S. 174/75. — Wenn also von Sein und Sollen die Rede ist, so ist eigentlich nicht von zwei Dingen die Rede, sondern mindestens von dreien. Es gibt ein Sollen, das sich allem Sein grundsätzlich gegenüberstellt, und ein anderes Sollen, das aus der Welt des Seins zu uns herüberklingt, das bloß *aus der Erfahrung* gewonnen werden kann. Zu diesem letzteren

§ 20. Besondere und allgemeine, sanktionierte und sanktionslose Normen.

Ein fernerer Unterschied ebenfalls innerhalb des Normbegriffes, den man jedoch gleichfalls zur Begrenzung eben dieses Begriffes selbst zu verwenden bestrebt war, läuft darauf hinaus, daß eine Forderung individuell bestimmt oder mehr allgemein gehalten sein kann. Sie kann nämlich entweder an eine einzelne Person oder an Personen von bestimmter Art überhaupt gerichtet sein und sie kann in beiden Fällen wieder entweder auf einen konkreten Fall oder auf eine Mehrheit von Fällen Bezug haben.[1]) Durch die Kombination dieser beiden Gesichtspunkte ergeben sich nach dem Grade der Besonderheit oder Allgemeinheit einer Forderung vier Möglichkeiten zur Bestimmung des Normbegriffes.

Man hat den Normbegriff auf Forderungen beschränken wollen, die wenigstens in der einen oder in der anderen Beziehung allgemein sind, während man andrerseits — und gerade sehr häufig, wenn von Rechtsnormen die Rede ist — auch in jeder Hinsicht individuell bestimmte Forderungen als Normen bezeichnet. Wir nennen das Recht in diesem weiteren Sinne eine Norm. Es ist damit zuvörderst nicht mehr ge-

Sollen können wir nicht durch „ursprüngliche Besinnung" gelangen. Es ist daher der Gegensatz von Sein und von Sollen schlechthin nicht geeignet, zu einem obersten Ausgangspunkt zu dienen. Kant hat lieber von dem Gegensatz der Erkenntnis und der Sittlichkeit, der theoretischen und der praktischen Vernunft seinen Ausgangspunkt genommen; dieser Gegensatz deckt aber den des Seins und des Sollens in keinem seiner Teile vollständig. Die neuerdings beliebte Gegenüberstellung von Sein und Sollen schlechthin, in einem alle Vorschriften überhaupt umfassendem Sinne, verstößt gegen eine diesbezügliche eindringliche Warnung Kants, *Kritik der Urteilskraft,* Einleitung, S. XII—XVI; namentlich S. XII, wo Kant diese Vermengung einen „großen Mißbrauch mit diesen Ausdrücken" nennt. und S. XIV, wo er die *technisch*-praktischen „Vorschriften" aus dem Gebiete der praktischen in das der theoretischen Philosophie verweist; sodann auch S. XV, wo er von praktischen Vorschriften (also Normen), deren Prinzipien gänzlich aus der theoretischen Erkenntnis der Natur hergenommen sind, spricht, d. h. nach der neueren Terminologie: auf die Seinsvoraussetzungen manches Sollens hinweist.

[1]) Vgl. Maier, *Psychologie des emotionalen Denkens,* S. 635—640.

sagt, als daß es immer ein empirisches Sollen ist, eine Forderung zum Ausdruck bringt, — wenngleich eine sehr verbreitete Tendenz dahingeht, für den Begriff der Rechtsnorm irgend ein Merkmal der Allgemeinheit zu fordern, über das dann die Meinungen wieder stark auseinander gehen.[1]) Es kann also sowohl eine Norm wie eine Rechtsnorm in den verschiedensten Bedeutungen des Wortes allgemein wie auch nach jeder Hinsicht individuell sein.

Schließlich ist der Begriff der Norm auch noch unnützerweise mit dem Begriff der „sanktionierten" Forderung, d. i. mit einer Drohung für den Fall ihrer Nichtbefolgung, bezw. mit einer Belohnung ihrer Befolgung verquickt worden.[2])

---

[1]) Blackstone, *Commentaries*, 5. Aufl. I, S. 44 hat den Normbegriff und mit ihm den Rechtsbegriff danach zu bestimmen versucht, ob die Forderung an eine bestimmte Art von Personen oder nur an Einzelne gerichtet ist. Vgl. dazu Clark, *Practical Jurisprudence*, S. 112; Austin, *Lectures*, I[4], S. 92 ff. will den Unterschied dagegen eher darin sehen, ob eine einzelne Handlung oder eine ganze Klasse von Handlungen gefordert wird. Hearn, *The Theory of Legal Duties and Rights*, 1883, S. 9 folgt ihm auch diesbezüglich. Ähnlich entscheidet auch H. Noldin, *Summa theologiae moralis*, 1905, I[5], S. 108; vgl. auch die Bemerkungen J. Browns, *The Austinian Theory of Law*, 1906, S. 16—20, wie auch die daselbst über diesen Punkt zitierten Ansichten von Capito, Ulpian, Bacon, Rousseau, Aristoteles, Sh. Amos, Esmein, Duguit, Maine, Pollock und Markby — Jhering, *Zweck im Recht*, I[4], S. 264—270 betrachtet das Recht bald nur als generelle, bald auch als individuelle Forderung und macht sich auch keiner geringen Konfusion in bezug darauf schuldig, was er individuelle, bezw. generelle Forderung (in seiner Terminologie: „Konkretes und abstraktes Imperativ") nennt. — Wenn H. Maier, *Psychologie des emotionalen Denkens*, S. 716/17 individuelle und generelle Rechtssätze unterscheidet, den Begriff der Rechtsnorm aber für die letzteren vorbehalten will, so ist das nur mehr Sache der Benennung.

[2]) Bereits bei Locke, *Versuch über den menschlichen Verstand*, Ausg. der Philos. Bibl. Bd. 75 (1913) I, S. 425. — Auch Austin ist diesem Fehler nicht entgangen. Er definiert zwar die Sanktion als „jedes bedingte Übel, welches einer Norm zur Bewirkung ihrer Befolgung hinzugefügt wird" (*Lectures* I[5], S. 507), wonach ein vom Begriff der Sanktion unabhängiger Normbegriff anerkannt wäre. Indem er jedoch (ebenda, S. 88) jede Norm als Befehl bezeichnet, in den Begriff des Befehles aber die Absicht und die Macht der Zufügung eines Übels für den Fall seiner Mißachtung mitaufnimmt (ebenda S. 89), wird ihm die Sanktion zu einem Bestandteil seines Normbegriffes. — Wird dagegen der Sanktionsbegriff,

§ 21. Recht und Moral. Autonome und heteronome, Gesinnungs- und Handlungsnormen.

Mit der Bestimmung des *genus proximum* des Rechtes als Norm entsteht die fernere Aufgabe, innerhalb dieses Genus die spezifische Differenz ausfindig zu machen, durch die sich das Recht von anderen Arten von Normen unterscheidet, und es namentlich von denjenigen Normarten abzugrenzen, denen gegenüber eine solche Grenzziehung praktisch am notwendigsten erscheint. Der Begriff des Rechtes ist also gewissermaßen im Rahmen einer allgemeinen Normlehre oder Nomologie zu entwickeln.[1]) An erster Stelle entsteht das Bedürfnis, den Begriff des Rechtes der Moral oder den ethischen Normen gegenüber zu bestimmen.

wie bei Clark, *Practical Jurisprudence*, 1883, S. 133/34, 156, zu einem durch die Normverletzung hervorgerufenen Mißfallen herabgemildert, so ist seine Aufnahme in den Begriff der Willensnorm, die ja bei ihm allein in Betracht kommt, überflüssig. Denn wenn eine Norm ein Wollen bedeutet, bedeutet sie natürlich zugleich das Nichtwollen ihrer Verletzung. — Vgl. auch Pollock, *First Book on Jurisprudence*, 1896, S. 24/25. Neuerdings trägt wieder Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, S. 79 u. 182 den Begriff der Sanktion in den Normbegriff hinein. „Eine Norm ist die mit einer Sanktion versehene Kundgebung eines Willens, der die Macht hat, sich wenigstens regelmäßig durchzusetzen.“ Er erblickt den „letzten Grund“ dieser Lehre „darin, daß die Wissenschaft notwendig die Unfreiheit des Willens annehmen muß.“ Es ist das in dem Sinne gemeint, daß eine sanktionslose Norm kein Motiv zum Handeln setzte und wirkungslos bleiben müßte. Es steckt jedoch hierin das doppelte Versehen, daß uns erstens gar nichts hindert, sowohl wirksame als unwirksame Normen anzunehmen, und zweitens, daß die Annahme der Unfreiheit des Willens wohl ein motivloses, unverursachtes Handeln, aber nicht ein durch eine sanktionslose Norm bewirktes ausschließt.

[1]) Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 1880, S. 22/23 versteht unter *Nomology* bloß die Wissenschaften von den heteronomen Normen im Gegensatz zur Ethik. „Nomology . . . may be defined as the science of the totality of the laws for which an external legislation is possible.“ Wieder ganz anderes bedeutet Benthams „nomography“. Er versteht darunter die Probleme, die neuerdings als „Gesetzestechnik“ zusammengefaßt werden. Siehe *Works*, III, S. 233: „that part of the art of legislation which has relation to the form given, or proper to be given, to the matter of which the body of the law and its several partes are compound“.

Diese Scheidung ist schon im voranstehenden geschehen, indem das Recht unter den Begriff der empirischen oder bloß zufälligen, mit anderen Worten, der nicht-absoluten oder Willensnormen gestellt worden ist. Die ethischen Normen gehören aber zu den absoluten, d. h. sie sind Normen, deren Inhalt unbedingt richtig ist. Um es Kantisch auszudrücken, es sind Normen der praktischen Vernunft, sie sind von unmittelbarer Evidenz.

Es ist den gewöhnlichen Lehren gegenüber hervorzuheben, daß hiermit bereits der Unterschied dieser beiden Normarten zutreffend gekennzeichnet und zwischen beiden eine unverkennbare Grenze gezogen ist. Natürlich ist mit dieser Einteilung weder die Moral noch das Recht hinlänglich definiert, denn es gibt außer den ethischen auch noch andere Normen von absoluter Richtigkeit, und es gibt außer den juristischen auch noch andere zufällige. Es gilt also, um zum Begriffe der Moral zu gelangen, diese innerhalb des Begriffes der absoluten Normen näher zu bestimmen, wie es anderseits notwendig ist, um zu einem Begriffe des Rechtes zu gelangen, es innerhalb der nicht-absoluten Normen näher zu umgrenzen. Aber gegen einander sind diese beiden bereits durch den angegebenen Unterschied endgültig abgegrenzt. Da es uns an dieser Stelle um den Begriff des Rechtes zu tun ist, so kann uns diese Unterscheidung genügen. Es würde uns auch viel zu weit führen, wenn wir auf das Wesen der Moral näher eingehen wollten.

Der Unterschied zwischen Recht und Moral kann gewissermaßen wohl auch dadurch ausgedrückt werden, daß die Normen der Moral *autonome*, die des Rechtes aber *heteronome* Normen sind. Es gehört nämlich zum Wesen der absoluten Normen, nicht heteronom sein zu können;[1] denn dadurch, daß eine Norm heteronom ist, also von einer bestimmten äußeren

[1] Kant, *Metaphysik der Sitten*. WW., Akad.-Ausg., VI., S. 219 „weil die ethische Gesetzgebung die innere Triebfeder der Handlung in ihr Gesetz mit einschließt, . . . so kann die ethische Gesetzgebung keine äußere (selbst nicht die eines göttlichen Willens) sein“. Vgl. auch *Kritik der praktischen Vernunft*, WW., Akad.-Ausg., V., S. 33; Lipps, *Ethische Grundfragen*, S. 98; Cohen, *Ethik*, 327.

Autorität herrührt, ist sie auch bereits zu einer zufälligen geworden. Wenn absolute Normen die unbedingte Erfüllung gewisser, von einer bestimmten Autorität gesetzter Normen verlangen, so sind die letzteren nicht als heteronome absolut, sondern nur infolge der nicht-heteronomen Norm, die ihre Befolgung verlangt. Daher auch jede Autoritätsmoral letzten Endes doch auf einer Gesinnungsmoral beruhen muß.

Nur wird dabei gewöhnlich übersehen, daß es (allerdings nicht im Sinne der KANTschen Terminologie)[1]) auch nicht-absolute autonome Normen gibt, und daß eigentlich nur diese im strengen Sinne des Wortes autonom sind. Nur sie sind vom Normadressaten selbst gesetzt. Die unmittelbar evidenten sind von ihm nur erkannt. Diese eigentlich autonomen Normen sind nicht von absoluter Geltung, sie entspringen dem eigenen Willen ihres Adressaten. Ich kann für mein zukünftiges Verhalten Normen aufstellen, die keine absolute Richtigkeit zum Ausdruck bringen sollen, sondern bloße Willensforderungen sind. Es können die autonomen Normen also in Gegensatz zu den sittlichen Forderungen unseres „reinen Willens" bloße Forderungen unserer „tierischen Willkür" sein.[2])
Es ist „die Regel des Handelnden, die er *sich selbst aus subjektiven Gründen* zum Prinzip macht" und die bei KANT „seine Maxime" heißt.[3])

Man kann den Unterschied zwischen Recht und Moral auch dadurch veranschaulichen, daß die Normen der Moral

---

[1]) *Kritik der praktischen Vernunft,* WW., Akad.-Ausg., V., S. 87.

[2]) Vgl. SOMLÓ, *Das Wertproblem,* in der Zeitschr. f. Philos. u. philos. Kritik, Bd. 145/46.

[3]) STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft,* S. 457 nennt heteronom ein Wollen, das ein begrenztes Ziel als sein oberstes Gesetz annimmt, autonom dagegen eine Zwecksetzung, die nach einer unbedingt gültigen Methode gerichtet ist, und findet, daß der Unterschied von Recht und Moral mit der Gegenüberstellung des heteronomen und autonomen Wollens nicht zutreffend bezeichnet wird. Aus seinen besonderen Rechts- und Moralbegriffen ergibt sich ihm für beide sowohl die Möglichkeit der Autonomie als der Heteronomie. Vgl. auch STAMMLER, *Begriff und Bedeutung der Rechtsphilosophie,* in der Zeitschr. f. Rechtsphil., I, 1913, S. 23 bis 28; gegen STAMMLER: NATORP, *Recht und Sittlichkeit,* Kantstudien, Bd. 18, S. 51 ff. und BINDER, *Rechtsbegriff und Rechtsidee,* S. 42, 214—226.

immer eine Gesinnung fordern, während sich die Normen des Rechts mit der Forderung einer bloß äußerlichen Handlung begnügen können und sich auch gewöhnlich damit begnügen. Unzutreffend wäre es jedoch zu sagen: die Moral fordere Gesinnung, das Recht Handlung. Auch die Moral ist auf das Handeln gerichtet, nur niemals auf ein Handeln schlechthin, abgesehen von den Motiven, denen es entspringt. Sie verlangt das Handeln immer nur als Ausfluß einer von ihr geforderten Gesinnung. Andrerseits kann auch das Recht sowohl eine bloße Gesinnung wie auch eine Gesinnungshandlung fordern, wie öfters bemerkt worden ist.[1])

---

[1]) So z. B. von Bierling, *Kritik der juristischen Grundbegriffe,* I, S. 147 Anm. und S. 154: „Öfters wird auch die Gesinnung vom Rechte berücksichtigt: wie die Unterscheidung von dolus und culpa, die Beachtung der Motive im Strafrecht, das Erfordernis der bona fides für Ersitzung und dergl.“ Ähnlich Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts,* S. 129; vgl. auch Leonhard, *Der allgem. Teil des BGB.,* 1900, S. 2, hinsichtlich des BGB. (z. B. § 226: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen“). — Man denke auch an die Richtung der Strafrechtspolitik, die eine weitergehende Berücksichtigung der Gesinnung fordert und nicht so sehr die Tat, wie die verbrecherische Gesinnung, deren Ausfluß sie ist, bestrafen möchte. — Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie,* S. 45, erinnert an die Bestrafung der Gesinnung im Falle von Ketzerei und Apostasie, wobei „die Äußerung lediglich als Beweismittel für die Gesinnung, also nur prozessual, nicht materiellrechtlich von Bedeutung war“. Auch ist es eine gute Bemerkung Radbruchs a. a. O., S. 47, daß der Satz *cogitationis poenam nemo patitur,* — fürs Denken kann man niemand henken, nicht begriffliche Rechtsnotwendigkeit, sondern nur positive Rechtssatzung ist. — Anders Austin, *Lectures,* I[5], S. 460/61. Eine eingehende Darstellung der Frage bringt Anderssen, *Das Gewohnheitsrecht,* in Grünhuts Zeitschr., XXXVII, 1910, S. 350 ff. Siehe auch die dort zitierte Literatur; sodann Gutherz, *Studien zur Gesetzestechnik,* I, 1908, S. 46—48 und die dort angegebene Literatur.

Mit der Frage, auf was für Art von Betätigung die Rechtsnormen gerichtet sind, ob sie bloß ein Handeln oder auch innerliche, rein seelische Funktionen, wie z. B. die Gesinnung *fordern,* darf jedoch nicht die andere zusammengeworfen werden, ob nicht die Gesinnung zu einem rechtserheblichen Umstand werden kann. Auch hierüber ist gestritten worden. Vgl. Binding, *Normen,* II[2], S. 125—127, Anm. 25; Eltzbacher, *Handlungsfähigkeit,* I, S. 231 ff.; Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft,* S. 249, Anm. 217; Roguin, *La règle de droit,* 1889, S. 42–45.

Das Recht kann also nicht ausschließlich als bloße Handelnsnorm (norma agendi) bezeichnet werden, wenn es anderseits auch keinem Zweifel unterliegt, daß ein System von Normen, die überhaupt kein Handeln vorschrieben, kein Rechtssystem wäre. Eine Rechtsordnung, die auf die Gesinnung keine Rücksicht nähme, wäre möglich, eine solche, die keine Handlungen vorschriebe, hingegen nicht, und somit läßt sich der Begriff der Norm des Handelns vom Begriffe der Rechtsnorm doch nicht vollkommen loslösen. Wenn es auch einzelne Rechtsnormen geben kann, die bloß eine Gesinnung fordern, so müssen sie doch, um Rechtsnormen sein zu können, mit Normen in Verbindung stehen, die ein Handeln vorschreiben.

§ 22. Die Religionsnormen.

Auch die Religionsnormen unterscheiden sich durch ebendasselbe Einteilungsprinzip von den Rechtsnormen, wie die Normen der Moral. Auch die Normen der Religion gehören der Gattung der absoluten Richtigkeitsnormen an. Ein System von Normen, das nicht diese Art von Geltung beanspruchte, wäre keine Religion. Die Religionsnormen erscheinen zwar unmittelbar als heteronome, d. i. an den Menschen von außen herantretende Gebote einer Gottheit. Aber bereits der Begriff der Gottheit setzt eine absolute Norm voraus, die eine unbedingte Befolgung der Gottesgebote verlangt. Der religiöse Glaube ist eine seelische Tätigkeit, die absolute Richtigkeit beansprucht und ohne die Bezugnahme auf absolute Werte nicht denkbar ist.

Dadurch ist aber bereits ein Merkmal angegeben, durch das sich die Religionsnormen von den juristischen ein- für allemal unterscheiden lassen.

Daß der Begriff der Religionsnorm ein formaler und kein inhaltlicher ist, braucht nicht erst hervorgehoben zu werden. Sie mag ihre Vorschriften über die Äußerlichkeiten einer Vertragsschließung oder über die Bedingungen der Ehe, oder über was sonst immer aufstellen, diese werden durch einen derartigen Inhalt niemals zu Normen einer anderen Art, etwa zu Rechtsnormen.

Ebenso selbstverständlich ist es, daß der auf eine Religion bezügliche Inhalt einer Norm diese noch nicht zur Religionsnorm macht. Die Norm, welche die Befolgung gewisser religiöser Normen verlangt, kann auch eine nichtreligiöse, z. B. eine rechtliche oder eine konventionelle sein. Wir haben in solchen Fällen zweierlei Normen zu unterscheiden: die religiöse Norm an sich und die Rechts- oder Konventionsnorm, welche die Befolgung der Religionsnorm auch ihrerseits verlangt.[1])

§ 23. Die Einteilung der Willensnormen nach ihrem Urheber.

Mit dem Kreise der nicht absoluten oder Willensnormen, die derart ausschließlich oder doch hauptsächlich auf das menschliche Handeln gerichtet sind, oder die mindestens einem System solcher Normen des Handelns einverleibt sind, sind jedoch die Rechtsnormen noch immer nicht hinlänglich gekennzeichnet. Es befindet sich in diesem Kreise noch immer eine bunte Mannigfaltigkeit von Normen, die nicht als rechtliche bezeichnet werden können: Es gehören hierher die Vorschriften der Sitte, die verschiedensten zwingenden Gebräuche, Etiketten und Zeremonien aller Art, die Moderegeln, die Normen der verschiedenen Sprachen, die Spielregeln, die verschiedenen Vereinssatzungen, die Normen, die sich aus den verschiedensten Lebensverhältnissen ergeben, Familienordnungen, Dienstordnungen, Geschäftsordnungen, die Vorschriften verschiedener Einzelner usw. Da unter einer Willensnorm nichts weiter verstanden werden soll als eine Forderung

---

[1]) Es ist daher irrtümlich, wenn dem römischen Juristen die Jurisprudenz als eine *rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia* galt (L. 10, § 2 de J. et J. 1, 2). Die Definitionen der römischen Juristen lassen eben viel zu wünschen übrig, sobald sie nicht auf Fragen der Jurisprudenz, sondern auf Fragen der juristischen Grundlehre antworten. Auch Jhering, *Geist*, I, S. 350, folgt diesbezüglich im Anschluß an Rubino, *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte*, I, 219, Anm. 2, dem römischen Juristen.

Vgl. über religiöse Normen Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, I, 54—58; Wundt, *Ethik*, I[4], 42 ff.; Maier, *Psychologie des emotionalen Denkens*, S. 671.

schlechthin, so kann ja schließlich eine solche Forderung jeder Einzelne wie jede Mehrheit von Einzelnen in der unübersichtlichsten Mannigfaltigkeit setzen. Die verschiedenen Arten von Normen umgeben uns tatsächlich wie die Luft von unserer frühesten Kindheit an bis zu unserer letzten Stunde.

Aus diesem schier unentwirrbaren Gewebe der Normen des Handelns gilt es nun die besondere Normart des Rechts herauszuerkennen und allen übrigen gegenüber ihre besonderen Artmerkmale festzustellen.

Hierzu ist nun eine ausgezeichnete Handhabe, diese Normen nach der Verschiedenheit ihres Urhebers zu ordnen. Wie auf ein Zauberwort löst sich nach diesem Prinzip die Unordnung der durcheinanderlaufenden verschiedenen Ordnungen, und jeder von ihnen läßt sich danach leicht ihr besonderer Platz in einem Systeme der Normen anweisen.

§ 24. Konventionalnormen, Sitte und Mode.

Eine besondere Gruppe der nicht absoluten Normen läßt sich am besten unter der Bezeichnung Konventionalnormen zusammenfassen.[1]) Es ist eine weite Gruppe von Normen, die wieder nach verschiedenen Gesichtspunkten in verschiedene Unterarten zerlegt werden kann. Die gemeinsame Eigenschaft dieser sogleich zu erwähnenden Unterarten besteht erstens darin, daß es Normen des Handelns sind. Sie können zwar ab und zu außer dem Handeln auch eine entsprechende Gesinnung fordern, aber immer bleibt das Handeln selbst ihr ureigenstes Gebiet. Sodann sind es heteronome Normen, und zwar den übrigen heteronomen Normen des Handelns gegenüber ist es die besondere Quelle, von der sie herrühren, der sie ihre Eigenart verdanken. Es ist nämlich das gemeinsame Merkmal aller hierher gehörigen Normen, daß sie

---

[1]) Der Ausdruck stammt von Stammler, *Wirtschaft und Recht*, 1. Aufl., S. 125, Anm. 56. Hatschek im *Jahrbuch des öff. Rechts*, Bd. III, S. 1 ff., gebraucht ihn in ganz anderem Sinne. Zitelmanns „Regeln des Lebens" (*Irrtum und Rechtsgeschäft* S. 240) bedeuten dasselbe wie Stammlers Konventionalnormen. Bei Locke, *Essay on Human Understanding*, Book 2, ch. 28, § 12 heißen sie „law of opinion or reputation", bei Austin, *Lectures*, I[5], 87, „positive morality".

von irgend einer sozialen Gruppe gefordert werden, und zwar muß es des näheren eine Gruppe von Menschen sein, *deren Normen im Kreise derer, an die sie sich richten, meistens Gehör finden, ohne jedoch die höchsten heteronomen Normen dieses Kreises abzugeben.*[1])

Über den Begriff der höchsten Norm Näheres weiter unten.

Die Art und Weise der Normsetzung der betreffenden sozialen Gruppe kann verschieden sein.[2]) Die Normen können entweder bewußterweise, ausdrücklich gesetzt sein, in welchem Falle wir von Vereinssatzung, Statuten, Übereinkommen oder Konvention in engerem Sinne reden, oder die Normsetzung kann durch die betreffende soziale Gruppe unausdrücklich und auch unbewußt, also nicht eben mit dem Zwecke der Normsetzung erfolgen. Wir können diese letztere Art der Regelung im Gegensatz zur ausdrücklichen in einem, dem Juristen geläufigen, Sinne des Wortes auch als die stillschweigende bezeichnen. Dem Juristen ist übrigens die Gegenüberstellung dieser beiden Arten von Normen sehr bekannt; wir werden ihr auf dem Gebiete der Rechtsnorm nochmals begegnen und werden uns dort eingehender mit ihr beschäftigen. Es muß dieser Unterschied aber bereits hier zum Verständnis der Konventionsnormen hervorgehoben werden. Über die ausdrückliche Setzung von Konventionsnormen ist nicht viel zu sagen. Jede ausdrückliche Normsetzung durch eine Gruppe gehört hierher. Sie ist an gar keine nähere Form gebunden. Das „formlose", jedoch ausdrückliche Übereinkommen, sich irgendwie zu verhalten, z. B. die Verabredung eines Ausfluges, ein Stelldichein gehören ebenso hierher wie die in bestimmte Formen gegossenen und kompliziertesten Satzungen.

---

[1]) Dem Sinne nach ähnlich, doch nicht genau genug Maier, *Psychologie des emot. Denkens*, S. 672. Der Tendenz nach ähnlich auch Oertmann, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, 1914, S. 9/10. 17, der die Abgrenzung zwischen Rechts- und Sittenregel nicht ohne Überschätzung für „das vielleicht schwierigste Zentralproblem der gesamten Sozialwissenschaft" hält (a. a. O., S. 5).

[2]) Vgl. Stammler, *Wirtschaft und Recht*, 1. Aufl. S. 650, Anm. 56.

Die „stillschweigende" oder unausdrückliche Art der Normensetzungen geht dagegen zumeist aus Gewohnheiten der betreffenden sozialen Gruppe hervor. Unter Gewohnheit verstehen wir das öftere Wiederholen eines bestimmten Verhaltens. Die Gewohnheit an und für sich bedeutet bloß die Regel im ontologischen Sinne, das Normale im Sinne des Gewöhnlichen, des Regelmäßigen. Es kommt ihr noch durchaus nicht die Bedeutung des Normativen oder des Regelrechten zu. Solange die Gewohnheit nicht auch die Forderung einer Wiederholung des nur tatsächlich wiederholten Verhaltens ausdrückt, ist sie eben nicht normativ. Der normative Charakter beginnt bei der Forderung. Ob diese durch die Gewohnheit ausgedrückt wird, ist immer Tatsachenfrage. Es besteht dieser Unterschied bereits in bezug auf die individuelle Gewohnheit. Die Gewohnheit, zu einer gewissen Zeit des Tages einen bestimmten Spaziergang zu machen, kann entweder ein bloßes Tun, oder auch den Vorsatz bedeuten, dieses Tun auszuführen. Man kann nicht einmal sagen, daß je länger und je regelmäßiger eine Gewohnheit befolgt wird, um so mehr sei ihr auch die Bedeutung des Normativen zuzuerkennen. Gewisse individuelle Bewegungen, Sprechweisen oder sonstige Angewohnheiten, z. B. sich zu räuspern, können zur zweiten Natur werden, ohne zugleich auch eine Forderung des entsprechenden Verhaltens auszudrücken. Ja, die Gewohnheit kann sogar mit dem ständigen Bestreben, sie nicht zu befolgen, verbunden sein. Es gibt auch schlechte Gewohnheiten, die wir selbst als solche erkennen und mit denen wir uns durchaus nicht eine Maxime für unser Verhalten zu setzen die Absicht haben.

Dasselbe gilt aber auch für die sozialen Gewohnheiten, d. i. für die Gewohnheiten sozialer Gruppen oder den Brauch.[1])

[1]) Die Terminologie ist schwankend. Nach Oertmann, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, S. 29, spricht man von Bräuchen mit Vorliebe bei lokal oder nach Lebenskreisen abgegrenzten Gewohnheiten: Ortsgebrauch, Handelsgebrauch. Nach Wundt, *Ethik*, I[4], 132, bedeutet die Gewohnheit die individuelle Regel des Handelns, der Brauch die soziale Gewohnheit und die Sitte die soziale Gewohnheit, zu der das Merkmal der Norm hinzugekommen ist. — Vgl. auch Frenzel, *Recht und Rechtssätze*, S. 14 und Anm.; Weigelin, *Der Begriff der Sitte*, Arch. f. Rechts u. Wirtschaftsphilos., VIII, 1915, S. 321.

Dieser wird wohl seltener der normativen Bedeutung entbehren, immerhin kann dies auch der Fall sein. Es kann irgendwo z. B. die soziale Gewohnheit bestehen, zu bestimmten Zeiten bestimmte Ausflüge zu machen, bei gewissen Ausflügen in bestimmten Wirtschaften einzukehren, zu bestimmten Tageszeiten in bestimmten Straßen zu promenieren (Korso), ohne daß solche soziale Gewohnheiten zugleich auch eine soziale Forderung zum Ausdruck brächten, diesen Gewohnheiten entsprechend zu handeln. Ob die Gewohnheit eine solche Forderung ausdrückt oder nicht, ist für die soziale Gewohnheit ebenso rein Tatsachenfrage wie für die individuelle.[1]

Die individuelle Gewohnheit und die durch sie etwa zum Ausdruck gelangende Forderung oder Norm können wir hier fortan außer acht lassen. Ist aber die Gewohnheit einer beliebigen sozialen Gruppe zugleich der Ausdruck einer von ihr erhobenen Forderung, die Gewohnheit zu befolgen, so haben wir eine Konventionsnorm vor uns, die im Gegensatz zu den ausdrücklich gesetzten Konventionsnormen (der Konvention im engeren Sinne des Wortes) gewöhnlich als *Sitte* bezeichnet wird.[2] *Die Sitte ist eine von einer sozialen Gruppe in der Form einer sozialen Gewohnheit ausgedrückte Norm.*

Manchmal kommt zu dieser Bestimmung noch ein beschränkender Umstand hinzu, indem die Bezeichnung Sitte bloß auf die Normen beschränkt wird, die durch eine hinlänglich lange Zeit währende, also eine relativ stabile Gewohnheit zum Ausdruck gelangen — lauter alte Bekannte für den Juristen —, wogegen die Normen, die in relativ rasch wechselnden, labilen sozialen Gewohnheiten ihren Ausdruck finden, als weniger ehrwürdige Regelungen angesehen werden. Die bekannteste Art dieser letzteren ist *die Mode.*[3]

---

[1]) Zur Unterscheidung von Gewohnheit und Sitte vgl. Jhering, *Zweck im Recht,* II[4], S. 17 ff., 190 ff.; Oertmann, *Rechtsordnung und Verkehrssitte,* 1914, S. 26/27.

[2]) Häufig wird bereits die soziale Gewohnheit selbst, also nicht erst die normative, oder die Sittennorm, als Sitte bezeichnet. Vgl. Oertmann, a. a. O., S. 26.

[3]) Jhering stellt dem Recht und der Moral nicht das ganze Gebiet der Konvention, sondern bloß das der Sitte entgegen. „Die sittliche Welt-

Für den Begriff der Konventionalnorm, also sowohl für den der ausdrücklich gesetzten, wie für den der gewohnheitsmäßigen, kommt es durchaus nicht — das muß auch noch ausdrücklich hervorgehoben werden — auf einen bestimmten Norminhalt an. Es gibt kein inhaltliches Merkmal, durch das sich die Normen der Konvention oder der Sitte von anderen Normarten unterscheiden ließen. Es gibt gar keine Art von Handlungen, die nicht in den Bereich der Konventionsnorm gezogen werden könnte, und es gibt keine Art von Handlungen, die unbedingt der Regelung der Konvention anheimfiele. Alles, worüber sich irgendwo eine, von einer sozialen Gruppe gesetzte Norm herausgebildet hat, ist damit in das Reich des Konventionalen gezogen. Wen und wie wir zu grüßen, wie wir uns zu kleiden haben, ist heutigentages in den zivilisierten Gesellschaften größtenteils durch die Sitte

ordnung kennt" — seiner Ansicht nach (*Zweck im Recht*, I[4], S. 258) — „drei Arten abstrakter Imperative: die des Rechts, der Moral und der Sitte", die er insgesamt mit Rücksicht auf ihren Zweck gesellschaftliche Imperative nennt. Die Religion erwähnt er nicht. Dieser bekannten Trias fügt er jedoch später (II[4], 44) als viertes koordiniertes Glied die Mode hinzu. Die Einteilung ist unrichtig. Die Mode gehört samt der Sitte dem Oberbegriff der Konvention an, und erst dieser kann den Begriffen des Rechts, sowie den übrigen Arten der nicht absoluten Normen des Handelns koordiniert werden, während die Moral der Gesamtheit aller dieser Normen gegenübersteht.

Bierling (*Juristische Prinzipienlehre*, I, 65) leugnet überhaupt, daß die Mode infolge ihres rascheren Wechsels eine Gewohnheit, ja sogar daß sie eine Norm sei. „Die Sitte ist eine bestimmte Art der Gewohnheit; die Mode ist umgekehrt die konsequente Gegnerin der Gewohnheit. Das Wesen der Sitte besteht in dem tatsächlichen Festhalten an einer bestimmten Norm oder Regel; die Mode geht umgekehrt auf Abweichung von dem, was von anderen als Regel aufgefaßt zu werden beginnt." Als wenn es nicht auch rascher wechselnde Gewohnheiten und fortwährend wechselnde Vorschriften geben könnte. Die Mode ist eine rascher wechselnde Gewohnheit im Gegensatz zur stabileren der Sitte. Schon das stete Befolgen der fortwährend wechselnden Vorschriften der Mode muß als gewohnheitsmäßig bezeichnet werden. Auch spricht diese Gewohnheit für bestimmte Kreise eine Norm aus, deren Nichtbefolgung als Verletzung empfunden wird, und deren Strafe darin besteht, daß man ganz lächerlich altmodisch erscheinen kann. Vgl. Weigelin, *Der Begriff der Sitte*, Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilos., VIII, 1915, S. 323.

geregelt. Zu Zeiten verfügte jedoch hierüber das Recht oder gar die Religion. Im 15. und 16. Jahrhundert wurden z. B. zahlreiche rechtliche Verordnungen gegen die Schleppe und die Schleifkleider (Kölner Luxusordnung vom Jahre 1542), gegen den Federschmuck, die spanischen Hüftwülste, den Reifrock und die Pluderhosen erlassen. Im Jahre 1482 gestattete Georg von Sachsen den Frauen und Fräulein von Adel Schleppen von höchstens zwei Ellen Länge. Zur Zeit Karls V. wurden die Schuhe mit Hühnerschnäbeln nicht nur durch ein Edikt, sondern sogar durch drei Concilia als sündliche und unnatürliche Moden abgeschafft, und Papst Urbanus VIII. exkommunizierte durch eine besondere Bulle alle diejenigen, die in der Kirche eine Prise Tabak nehmen.[1] Teilweise, z. B. in bezug auf höfische Zeremonien, auf die Amtstracht und für das Heer bestehen aber auch noch in den heutigen zivilisierten Gesellschaften Rechtsvorschriften über Gruß und Kleidung.

Weder die Konvention noch die Sitte läßt sich inhaltlich bestimmen; mit Bezug auf ihren Inhalt können nur verschiedene Unterarten des anders zu bestimmenden Konventions- und Sittenbegriffes unterschieden werden.

Vorschriften des guten Benehmens, des Anstands, die noch spezielleren Höflichkeitsregeln, die allgemeineren der Umgangsformen können also ebensogut in den Bereich der Sitte wie in den einer anderen Normart gehören. Eine ausführliche und geistreiche, wenn auch nicht in allem und jedem ganz zutreffende Behandlung dieser Fragen findet sich in Jherings *Zweck im Recht* (Bd. II). Seine Darstellung läßt namentlich in Hinblick der richtigen Systematik vieles zu wünschen übrig. Seine formenfreudige Art macht ihn einem Sammler, der von seinem Ausflug niemals ohne einen kunstvoll gebundenen Strauß duftender Blumen heimkehrt, ähnlicher, als einem, dem es mehr auf die genaue systematische Ordnung seiner getrockneten Arten ankommt.

Auch die Normen des Sprachgebrauches, sowohl hinsichtlich der Bedeutung der Wörter — verba valent usu — wie

---

[1]) Vgl. Neuburger, *Die Mode,* Berlin 1913, S. 82 und den daselbst zitierten J. A. Philippi, *Der vergrößerte Staat,* Leipzig 1759, S. 176.

auch hinsichtlich ihrer Zusammenfügung zum Ausdruck von Gedankengängen, sind nichts weiter als Konventionalnormen,[1]) die der Unterart der Sitte, der Sprachsitte angehören. Ein grammatischer Fehler ist ein Verstoß gegen die Sprachgewohnheit, die mit dem Anspruch auf allgemeine Befolgung an uns herantritt.

Daß die Bestimmungen der verschiedenen Ehrenkodexe z. B. des Duellkodex, ebenfalls in diese Rubrik gehören, ist bekannt. Weniger werden die verschiedenen Spielregeln der Gesellschaftsspiele in diesem Zusammenhang erwähnt.

Auch ist es bekannt, daß sich die Konventions- und mit ihnen die Sittennormen an verschieden umgrenzte soziale Kreise wenden können, an einzelne Gesellschaftsklassen, an Berufs- oder Altersklassen oder an weite Kreise.

§ 25. Kritisches zum Begriff der Konventionalnorm.

Die Normen der Konvention sind bereits von Austin eingehend in seinem 1832 erschienenen *The Province of Jurisprudence determined* (aufgenommen in die posthumen *Lectures*) behandelt worden. Die Konvention erhält bei ihm die nicht sehr glückliche Bezeichnung *positive morality*,[2]) die ausdrücklich gesetzten Konventionsnormen tragen bei ihm den allerdings zu einer allgemeinen Verbreitung wenig geeigneten Namen: *positive moral rules which are laws properly so called*, während die Normen der Sitte in seiner Terminologie als: *positive moral rules which are laws improperly so called* oder als: *laws imposed by general opinion* figurieren. Auch zählt er bereits richtig die *laws of honour* und die *laws of fashion* als spezielle Unterarten hierher.

Er begeht bloß den Fehler, in den Sittennormen keine eigentlichen Gebote, sondern bloß den Ausdruck von Gefühlen und Meinungen zu sehen, da er der Ansicht war, daß eine unbestimmte Gruppe von Menschen nicht befehlen könne, und

---

[1]) Gut ausgeführt bei Stammler, *Wirtschaft und Recht*, 1. Aufl. S. 103/04; vgl. auch H. Maier, *Psychologie des emotionalen Denkens*, 1908, S. 249: „Wörter sind konventionelle Zeichen für die Sachen".

[2]) Austin, *Lectures*, I[5], S. 179—208.

dabei übersah, daß es nicht schwerer sein kann, ihr Befehle, als Gefühle und Meinungen zuzuschreiben.[1])

Es ist sonderbar, daß sich JHERING, der sich im zweiten Bande seines *Zweckes im Recht* mit einer wahren Wonne dem Gebiet der Sitte zuwandte, das er im Hinblick seiner wissenschaftlichen Erkenntnis „einem wilden Acker“ verglich, „der erst urbar zu machen ist“,[2]) über die Unabhängigkeit des Sittenbegriffes vom Norminhalt nicht nur nicht klar wurde, sondern dieser Lehre sogar bewußt entgegengetreten ist. Da er damit nur einer ziemlich verbreiteten unklaren Vorstellung Ausdruck verliehen hat, wollen wir uns ihre Begründung bei JHERING näher ansehen.

„Wenn man in früherer Zeit, bevor ich der Sitte ein eindringendes Studium zugewandt hatte, mir die Frage vorgelegt hätte“ — schreibt JHERING [3]) —, „worin der Unterschied zwischen Recht und Sitte gelegen sei, so würde ich geantwortet haben: lediglich in der Verschiedenheit ihrer verbindlichen Kraft, das Recht stütze die seinige auf die mechanische Zwangsgewalt des Staats und die Sitte die ihrige auf die psychologische der Gesellschaft“ — eine Unterscheidung, die nebenbei bemerkt auch nicht ganz richtig gewesen wäre! — „inhaltlich walte zwischen beiden keine Verschiedenheit ob, ein und derselbe Inhalt eigne sich ebensogut, die Form des Rechts und die der Sitte anzunehmen. Meinen Untersuchungen über die Sitte verdanke ich eine andere Anschauung, ich bin zu der Überzeugung gelangt, daß jenem äußeren Gegensatz ein innerer entspricht, daß es einen Inhalt gibt, der seiner Natur, d. i. seiner sozialen Zweckbestimmung nach dem Recht, einen anderen, der aus demselben Grunde der Sitte angehört, womit sich die Möglichkeit verträgt, daß jener historisch die Form der Sitte, dieser die des Rechts annimmt.“

Ganz abgesehen davon, daß es JHERING gar nicht unternimmt, diese inhaltliche Begriffsgrenze zwischen Recht und Sitte auch zu ziehen, zerstört er die ganze Lehre von der

---

[1]) Siehe diesbezüglich das Nähere unten, § 51.

[2]) JHERING scheint H. SPENCERS *The Principles of Sociology*, Part. IV. Ceremonial Institutions (1879) nicht gekannt zu haben.

[3]) *Zweck im Recht*, II[4], S. 232.

inhaltlichen Verschiedenheit dieser beiden Normarten durch das Zugeständnis der Möglichkeit, „daß der Rechtsinhalt historisch die Form der Sitte, der Sitteninhalt die des Rechts annimmt“. Nach der Theorie Jherings müßte sich ja bereits aus dem Inhalt einer Norm feststellen lassen, ob sie eine Sittennorm sei oder nicht. Wenn nun, gerade entgegengesetzt, derselbe Inhalt sowohl einer Sittennorm als auch einer anderen Normart, z. B. einer Rechtsnorm angehören kann, so ist damit doch erwiesen, daß der Norminhalt für den Charakter einer Sittennorm unmaßgeblich ist. Der Unterscheidung eines „natürlichen Sitteninhalts“ kann demnach höchstens nur noch die Bedeutung zukommen, daß gewisse Forderungen *meistens* in der Form der Sitte ausgesprochen werden und das Gegenteil bloß seltener vorkommt, oder die Unterscheidung kann die Forderung bedeuten — was natürlich wieder in eine ganz andere Rubrik gehören würde, mit der wir gegenwärtig nichts zu tun haben —, daß gewisse Forderungen durch die Sitte, also in der Sittenform, nicht z. B. in der Rechtsform geregelt werden sollten.

Es ist nur zu verwundern, daß sich Jhering an der Hand seiner eigenen Beispiele über diesen Punkt nicht klar wurde. Als einen seiner Natur nach rechtlichen Inhalt in Form der Sitte nennt er[1]) die *bonae fidei negotia* der Römer zur Zeit, als sie noch nicht klagbar geworden waren und nur den Schutz der Sitte genossen haben. „Ihr Inhalt“ — meint Jhering — „war in der Tat rechtlicher Art, wenn ihm auch die Form des Rechts fehlte, denn (?) diese Verträge dienten den Zwecken des Handelsverkehrs, der seiner Natur und Bestimmung nach rechtlicher Natur ist und die Form des Rechtes postuliert.“ Woher Jhering das hat, sagt er uns nicht. Doch ist es klar, daß nichts weiter dahinter steckt, als daß der Handelsverkehr gewöhnlich durch Rechtsnormen geregelt wird und daß wir einen Norminhalt, der gewöhnlich in einer gewissen Normform erscheint, als den natürlichen Inhalt dieser Form und diese Form als die natürliche Form dieses Inhaltes anzusehen gewohnt sind.

[1]) A. a. O., II[4], S. 233.

Dasselbe ist auch der Fall, wenn Jhering als Sitteninhalt in Form des Rechts die für Heer und Beamte bestehenden Vorschriften über Amtstracht nennt. Sie zählen „zu einer Institution, welche historisch wie ihrer Natur nach der Sitte angehört“.

Wenn ich schließlich noch daran erinnere, daß durch ein und dieselbe Handlung — auch nach Jhering[1]) — gleichzeitig die Normen der Sitte, der Moral und des Rechts übertreten werden können, so liefert er ja auch dadurch wieder nur einen Beweis dafür, daß sich diese Normen nicht durch die von ihnen geregelten Handlungen unterscheiden lassen.[2])

Bei Bierling finden wir keinen festen Begriff der Sitte. Seine diesbezüglichen Ausführungen[3]) sind schwankend und nicht ohne Widerspruch. Schließlich gelangt er[4]) zu dem Ergebnis, daß der Begriff der Konventionalregel immer nur als ein negativer Sammelbegriff für alle möglichen Arten sozialer Regeln, die nicht Rechtsregeln sind, aufgefaßt werden könne. In seinen früheren Untersuchungen[5]) äußert er sich einmal dahin, der Sitte fehle überhaupt der Charakter der

---

1) Ebenda, S. 306.

2) Damit, daß die Sitte, wie Jhering (a. a. O., II, 207, 228) ausführt, die Polizei im Dienste der Moral ist, ist auch nur eine ihrer allerdings häufigen Wirkungen und Aufgaben, aber noch durchaus nichts Begriffliches bezeichnet. Ist ja sogar auch eine moralisch verwerfliche Sitte (Trink-, Duell-, Raufsitten gewisser Gegenden) möglich. Gegen die Lehre Jherings von der „sittlich- adminikulierenden Bestimmung“ der Sitte nimmt auch Maier (*Psychologie des emotionalen Denkens*, S. 675) Stellung. Seiner Meinung nach ließe sich der Endzweck der Sitte immerhin auf historisch-psychologischem Weg „sicher und abschließend bestimmen“ (S. 677). Es fehlt demnach auch bei ihm die Erkenntnis, daß ein gemeinsamer „Endzweck“ gar nicht zum Begriff der Sitte gehört und daß der historisch-psychologische Weg in bezug auf die Frage des Endzweckes eben zu diesem negativen Ergebnis führt. Gegen die Lehre Jherings auch Kohler, *Sitte und Sittlichkeit*, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilos., VIII, 1915, S. 330—332.

3) Vgl. *Kritik der juristischen Grundbegriffe*, I, S. 151; *Juristische Prinzipienlehre*, I, S. 70.

4) Bierling, *Rechtsnormen und Konventionalregeln*, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. III, S. 166.

5) *Kritik*, I, S. 151.

Norm, d. h. sie sei keine den Willen wahrhaft verpflichtende, sondern nur eine anleitende, frei anzueignende Regel!

Das führt uns zur Sittendefinition STAMMLERS, der diesen versteckten Widerspruch BIERLINGS — allerdings ohne ihn zu kennen — zum klar ausgesprochenen und betonten Grundprinzip seiner Sittendefinition macht. Nach STAMMLER[1]) wäre nämlich das Bezeichnende der Konventionalregel in dem besonderen Geltungsanspruche zu suchen, den sie zum Unterschied von anderen Arten von Normen erhebt. „Die Konventionalregel gilt nach ihrem eigenen Sinne lediglich zufolge der Einwilligung der Unterstellten; vielleicht einer stillschweigend abgegebenen, wie es in unserem sozialen Verkehr ja zumeist der Fall sein wird, aber immer zufolge der besonderen Zustimmung. Sobald diese nicht mehr vorliegt und der seither Beherrschte ausscheiden will, kann er es beliebig tun: Der Grund der verbindenden Geltung der Konventionalregel ist die äußerlich zusammenstimmende Selbstunterwerfung der einzelnen.“ Da haben wir also die „nicht wahrhaft verpflichtenden, sondern nur anleitenden, frei anzueignenden Regeln“ BIERLINGS.[2])

Eine Norm mit einem derart bedingten Geltungsanspruch ist jedoch ein logisches Unding. Eine solche Bedingtheit des Geltungsanspruches würde den Begriff der Norm selbst aufheben. Im allerweitesten Sinne des Wortes bedeutet Norm eine Forderung. Eine Forderung aber, die den Willen, an den sie sich wendet, nicht binden möchte, sondern ihm freistellte, sie zu erfüllen oder nicht zu erfüllen, wäre gar keine Forderung mehr. Eine Forderung, die sich bloß an diejenigen wendet, die sie erfüllen wollen, falls sie sie erfüllen wollen, wendet

---

[1]) *Recht und Wirtschaft*, 1. Aufl., S. 129/30.

[2]) Vgl. auch *Juristische Prinzipienlehre*, II, S. 351, Anm. Ein Unterschied zwischen STAMMLER und BIERLING besteht jedoch im Hinblick auf den Begriff der Konventionalregel darin, daß, während BIERLING, seine Definition ernst nehmend, seinem Begriff von Konventionalregel sozusagen gar keinen Inhalt beläßt und beinahe alles, was wir als solche bezeichnen, in seinem weiten Begriffe des Rechts unterbringt, wie wir später sehen werden, STAMMLER bei seinem Begriff der Konventionalnorm an das Gebiet denkt, das gewöhnlich als das der Sitte bezeichnet wird. Vgl. noch BIERLING, *Rechtsnormen und Konventionalregeln*, im Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. III, S. 155—167.

sich ja an niemand. Es wäre eine Forderung, die eigentlich gar niemand zu befolgen hätte, und die sich dadurch nicht im mindesten verletzt fühlte.[1]) Stammler begeht den Fehler, in einer Untersuchung über die verschiedenen Arten von Normen oder Regelungen auf den Begriff von Norm oder Regelung überhaupt nicht einzugehen. Dadurch ist er dann nicht dagegen gesichert, sich bei der Unterscheidung der Normarten über die Grenzen des Normgebietes hinaus zu verirren.

Übrigens widersprechen seiner Begriffsbestimmung der Konventionsnorm auch die allbekannten Tatsachen. Das Sittengebot, das mir vorschreibt, wen wann und wo ich zu grüßen habe, kehrt sich nicht im mindesten an meine Zustimmung, sondern bringt mir seinen unbedingten Geltungsanspruch entgegen. Es ist keine bloße Anleitung, deren Befolgung meinem Belieben anheimgestellt wäre. Ich habe in einer durch die Sitte bestimmten Weise zu grüßen, einzig und allein deshalb, weil es das Sittengebot so vorschreibt. Ich kann aus dem Bereiche seiner Herrschaft durchaus nicht nach Belieben ausscheiden, wie Stammler meint. Die Sitte selbst bestimmt, allerdings oft für verschiedene Gruppen in verschiedener Weise, wer ihr Untertan ist. Wenn ich mich an die Sitte oder Konvention fürder nicht kehren will, wenn ich eigenmächtig aus ihrem Bereich ausscheiden, sie nicht weiter befolgen möchte, so ist dadurch ihr Geltungsanspruch mir gegenüber nicht zum Schweigen gebracht, sondern ich verletze sie nur. Wer nicht entsprechend grüßt oder in einer vornehmen Abendgesellschaft in Bergsteigerkleidung erscheint, verletzt das Gebot des Anstandes, des guten Benehmens, ob er ihm zustimmt oder nicht, ob er ihm unterworfen sein will oder nicht.[2])

---

[1]) Schon Pomponius lehrte (l. 8 D. 44, 7): sub hac conditione „si volam“ nulla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis: nam nec heres promissoris eius, qui nunquam dare voluerit, tenetur, quia haec conditio in ipsum promissorem nunquam exstitit. Und auch Paulus (l. 46 D. 45, 1) war derselben Ansicht: Illam stipulationem „si volueris, dari?“ inutilem esse constat.

[2]) Ähnlich auch Kelsen, a. a. O., S. 37, Anm. und Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie,* S. 76. Irrtümlich ist jedoch die Annahme Kelsens (a. a. S., S. 36 u. 38 Anm.): „Was den Rechtssatz von der Konventionalregel

§ 26. Die unmaßgeblichen Kollektivnormen. (Autonome und heteronome) Individualnormen. Der vorläufige Begriff des Rechtes.

Eine andere Art heteronomer Normen besteht im Gegensatz zu den Konventionalnormen in denjenigen Normen einer beliebigen Gruppe von Menschen, die in dem Kreise, an den sie sich wenden, überhaupt keine Gefolgschaft finden. Es ist das eine Kategorie von Normen, die es infolge ihrer sozialen Bedeutungslosigkeit noch nicht einmal zu einem eigenen Namen

---

unterscheidet ist, daß der Rechtssatz nicht nur befolgt, sondern auch angewendet werden kann, daß er also eine Geltungs-, richtiger Wirkungsmöglichkeit *mehr* hat, als die Konventionalregel". Die Konventionalregel kann ebenso gut angewendet werden. Wenn man mit jemandem, der die Sitte verletzt, nicht verkehrt, oder ihn sein konventionswidriges Verhalten sonstwie konventionsgemäß fühlen läßt, so ist das nicht minder eine Anwendung der Norm, wie die juristische Bestrafung. — Ähnlich wie im Texte auch Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, S. 29, Anm. 1. — Den nämlichen Fehler wie Bierling und Stammler begeht Oertmann, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, 1914, S. 13, ferner Binding, *Normen*, II² S. 223—125. — Den Stammlerschen Ausführungen schließt sich an Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, 1907, S. 8. — Eigenartig behandelt das Sittenproblem Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, S. 77. Seiner Ansicht nach läßt sich die Sitte nicht als Wesenseinheit, sondern nur als Wirkungseinheit bestimmen, und zwar „als der Inbegriff der Gemeinschaftsregeln, deren Verletzung keine Rechtsfolgen nach sich zieht". Nur meint er, diese Definition sei zwar rechtswissenschaftlich und rechtsphilosophisch wertlos, aber vielleicht soziologisch brauchbar, obwohl er sie sofort als logisch inkorrekt bezeichnet, weil sie durch ihre Bezugnahme auf die Rechtsfolgen das Recht, gegen das die Sitte doch erst abgegrenzt werden soll, als schon abgegrenzt voraussetzt. So vielfältiges Mißlingen läßt nun Radbruch vermuten, daß die Grenzziehung zwischen Sitte und Recht überhaupt unmöglich sei. Auf eine Analyse seines angeblichen Beweises für diese Vermutung gehen wir hier nicht ein, weil wir sonst auf Gedankengänge geführt würden, die wir bei der Besprechung seines Rechtsbegriffes nicht umhin können, ohnedies zu beschreiten. Der Beweis bestünde darin, daß der Begriff der Sitte aus ihrer Idee abgeleitet werden müßte, es aber eine solche nicht gebe, „weil es im Wesen der Sitte liegt, unrichtig zu sein". „Die Sitte ist ein in sich widersinniges Mischprodukt rechtlicher und sittlicher Bewertung". „Alle Sitte ist auf Unwahrheit begründet und ohne Rücksicht auf ihren Inhalt schon durch ihre Form — Unsitte." Daraus, daß

gebracht hat. Wir mußten sie aber hervorheben, um den Begriff der Konventionalnorm zu ihr in einen Gegensatz zu bringen, denn sonst hätten wir einfach auch jede Norm, die eine Gruppe von Narren für das chinesische Reich aufstellte, als Konventionalnorm zu bezeichnen. Wir wollen die hierher gehörigen Normen zum Unterschied von den Konventionalnormen als *unmaßgebliche Kollektivnormen* bezeichnen, damit wir doch auch einen Namen für sie haben und sie nicht immer wieder zu umschreiben brauchen, wenn wir ihrer wieder einmal gedenken wollen. Es sind Kollektivnormen, weil sie von einer Mehrheit von Menschen herrühren und diesbezüglich

---

ferner nach Radbruch sowohl Sittlichkeit wie Recht Werte ausdrücken, die Sitte hingegen nicht, folgert er, daß es unrichtig war, „die Sitte dem Recht und der Sittlichkeit systematisch koordiniert zu glauben — die Sitte steht zum Rechte und zur Sittlichkeit nicht in einem systematischen, sondern in einem historischen Verhältnis". Vgl. auch noch Niemeyer, *Recht und Sitte*, 1902; Tönnies, *Die Sitte* (Die Gesellschaft, herausg. von M. Buber, Bd. 25) 1908; Sohm, *Weltliches und geistliches Recht* (Sonderabdruck aus der Leipz. Festg. f. Binding) S. 11, Anm. 5

Bei Duguit, *L'état, le droit objectiv et la loi positive*, 1901, fehlt sowohl der Begriff der Sitte wie der Begriff der Konventionalnorm überhaupt. Neben anderen Unzulänglichkeiten steht bei ihm die bereits überwundene Einteilung der Normen des Handelns in Rechtsnormen und Moralnormen. Seine Begriffsbestimmung der Rechtsnorm: „On donne en fait le nom de règles de droit aux impératifs, qui apparaissent à la masse comme une condition essentielle du maintien et du développement de la solidarité" (a. a. O., S. 102), ist so unzureichend, daß seine von diesem Ausgangspunkte geführten Untersuchungen über die Hauptfragen des Staatsrechts bereits dieser Grundlage wegen ihr Interesse für uns verlieren. Unsicher ist der Begriff der Sitte auch bei Wundt, *Ethik*, I[4], S. 128—138, und auch insofern nicht zutreffend, als er den Unterschied zwischen Sitte und Recht hauptsächlich darin sieht, daß sich das Recht der „äußeren" Zwangsmittel bedient, während der Sitte die milderen der Nachahmung und des Drucks der öffentlichen Meinung verbleiben (a. a. O., S. 129). Während ferner der Begriff der Sitte formal sei, sollen Recht und Sittlichkeit inhaltlichen Charakters sein (a. a. O., S. 131). — M. E. Meyer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903, S. 17 faßt „die Gesamtheit derjenigen Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und des Berufes an das Individuum herantreten", unter dem Sammelnamen: *Kulturnormen* zusammen. Vgl. dazu u. a. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, 1907, S. 26; Binding, Normen, II[2], S. 366—370.

an die Konventionalnormen erinnern, sie sind aber unmaßgebliche Kollektivnormen, weil sie von einem unmaßgeblichen Kollektivforum herrühren.

Eine fernere Art von Normen, deren Unterscheidung zur Freilegung des Weges zum Rechtsbegriff noch nottut, steht in einem anderen Gegensatz zur Konventionalnorm und entbehrt ebenfalls noch eines entsprechenden Namens. Sie umfaßt die *heteronomen* Normen, die nicht von einer Gruppe von Menschen, sondern von einem einzelnen herrühren, der jedoch ebenso wie die Gruppen, welche die Urheber von Konventionalnormen sind, nicht die höchste heteronome irdische Macht sein darf. Wir wollen die hierher gehörigen Normen zur Bezeichnung ihres Gegensatzes sowohl zu den Konventionalnormen wie auch zu den unmaßgeblichen Kollektivnormen fortan *Individualnormen* nennen. (Wir könnten innerhalb derselben nun wieder solche, die gewöhnlich befolgt werden, von solchen unterscheiden, die es nicht werden, also unmaßgebliche Individualnormen sind, doch ist das für unseren Zweck, der in der Herausarbeitung des Rechtsbegriffes besteht, nicht mehr von nöten, da bereits die maßgeblichen Individualnormen einen Gegensatz zum Rechtsbegriff bedeuten, der seinen Schatten schon längst vorausgeworfen hat.)

Wenn wir noch der bereits erwähnten Art von autonomen Willensnormen, also derjenigen Normen gedenken, die wir uns selbst setzen, die jedoch nicht den Geltungsanspruch einer absoluten Richtigkeit erheben, so können wir nunmehr eine vorläufige Bestimmung des Begriffes des Rechts wagen, der den Raum einnimmt, den die genannten Arten innerhalb des Begriffes der heteronomen Normen freigelassen haben. Die Rechtsnormen sind demnach menschliche Willenssatzungen, und zwar in Gegensatz sowohl zu den unmaßgeblichen Kollektivnormen, als auch zu den unmaßgeblichen Individualnormen — maßgebliche; sodann sind sie zum Unterschied sowohl von den Konventionalnormen wie auch von den befolgten Individualnormen solche, die von der noch näher zu bestimmenden „höchsten Macht“ herrühren, auf deren Begriff der ganze Rechtsbegriff abgestellt ist und auf deren Bestimmung nunmehr alles weitere ankommt.

Nur so viel sei hier über diesen Begriff des Rechtes vorherbemerkt, daß seine Zurückführung auf die normsetzende Macht nichts mit der von STAMMLER gerügten Verwechslung der systematischen und der genetischen Frage zu tun hat. Es ist vollkommen richtig, daß „die systematische Erwägung vor der genetischen Erörterung den logischen Vorrang“ hat. „Denn ehe wir untersuchen können, wie *das Recht entsteht,* müssen wir doch zuvor anzugeben imstande sein, was das Recht *ist.*“[1])

Wenn sich uns aber im Laufe der auf das *Wesen* des Rechtes gerichteten systematischen Erwägung gezeigt hat, daß *sein Wesen* in einer Besonderheit seines Ursprungs besteht, daß es eine Eigentümlichkeit des Urhebers von Normen bedeutet, so ist *dieses* genetische Moment damit zum systematischen geworden. Es ist also richtig, daß die erste Frage nicht die sein kann: woher stammt das Recht? sondern nur die: was ist das Recht? Aber die erste Antwort auf diese letztere Frage kann sehr wohl lauten: das Recht *ist* eine Norm, die einer bestimmt gearteten Quelle *entstammt.*

Es ist nicht die Genesis des Rechtes, die hier *gesucht* worden ist, sondern das genetische Moment wurde im Laufe der systematischen Untersuchung *gefunden.*

Ehe wir uns aber der vorläufig offengelassenen Entscheidungsfrage zuwenden, was unter jener „höchsten Macht“, von der eine Norm herkommen muß, um eine rechtliche zu sein, des näheren zu verstehen ist, wollen wir noch das Verhältnis, in dem die unterschiedenen Normarten zueinander stehen, durch einige weitere Bemerkungen beleuchten.

§ 27. Die primitive Urnorm.

Es ist vor allem darauf zu achten, daß es die verschiedenen Arten heteronomer Normen, die wir unterschieden haben, nicht überall geben muß. Ihre scharfe begriffliche Unterscheidung entspricht bloß der Differenziertheit der heteronomen Normen, die wir in den entwickelteren Gesellschaften anzutreffen gewohnt sind. Es läßt sich jedoch ein

[1]) STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, S. 39–42.

Gesellschaftszustand nicht nur denken, sondern er ist uns auch aus der geschichtlichen und ethnologischen Erfahrung wohlbekannt, in dem die Scheidung der Quellen, auf die wir die verschiedenen Arten heteronomer Normen zurückgeführt haben, nicht vorhanden ist.[1]

Namentlich kommen die verschiedenen Normarten der Religion, der Moral, der Sitte und des Rechts bei den ganz primitiven Stämmen nicht getrennt vor. Da bei ihnen der Inhaber der höchsten irdischen Macht, dessen Gebote also Rechtsnormen sind, zugleich entweder als Gottheit verehrt wird, oder als ihr nahestehend und als ihren Willen kundgebend angesehen wird, der Gehorsam gegen die Gottheit aber das oberste ethische Gebot ist, so ist jede ihrer Rechtsnormen zugleich auch eine Religions- und eine Moralnorm. Da sie ferner ihre von altersher überlieferten Gebräuche ebenfalls auf den Befehl ihrer überirdischen Wesen zurückführen und da ihre obersten Machthaber als Sachwalter dieser Wesen und Vollzieher ihrer Gebote nur diese Überlieferung überwachen und vollstrecken, so erscheint bei ihnen Moral, Religion, Recht und Sitte in seltsamer Verwachsenheit. Es gibt also auf dieser Entwicklungsstufe nichts, was nur Recht, nur Moral, nur Religion oder nur Sitte in unserem Sinne wäre, sondern sie haben statt dieser vier nur eine Art von Normen, die die besonderen Merkmale aller dieser vereinigt, und der wir zum Unterschiede — es ist bezeichnend, daß sie noch nicht benannt ist — den Namen der *primitiven Urnorm* beilegen wollen.

Ähnlich gestaltet sich das Verhältnis der religiösen und der rechtlichen Normen in den bereits entwickelteren theokratischen Gemeinwesen, deren oberste Machthaber als Gottheiten oder als deren Vertreter und Dolmetscher verehrt werden, wodurch Recht und Religion zu einer unlösbaren Einheit verschmelzen.

Noch deutlicher ist es, zu sagen, daß es in den primitiven Gesellschaften gar keine eigentliche „Sitte" im technischen Sinne des Wortes gibt. Es fehlt in solchen

[1]) Vgl. die Ausführungen Munchs: *Kultur und Recht*. Zeitschr. f. Rechtsphilosophie, I, 1914, S. 348, 352.

unentwickelten Gesellschaften die Differenziertheit, die uns neben den Überlieferungen, die das Recht jener Gemeinschaften bedeuten, weil hinter ihnen deren „höchste Macht“ steht, auch noch anderweitige von altersher überlieferte Normen erkennen ließe, hinter denen jene höchste Macht nicht steht und die unserem Begriff der Sitte entsprächen.

Es ist ein weitverbreiteter Irrtum, den wir damit bloßgelegt haben. Man nimmt gewöhnlich umgekehrt an, die primitiven Gesellschaften hätten wohl unseren Begriff der Sitte, nicht aber unseren Begriff von Recht. Man ließ die Sitte vor dem Rechte einhergehen und betrachtete dieses als eine späte Abzweigung vom Stamme der Sitte. Man übersah dabei aber, daß eine Norm, um Sitte sein zu können, nicht von der höchsten irdischen Autorität herkommen darf, da die von ihr herrührenden Normen dadurch zu Rechtsnormen würden.

Es handelt sich hier nicht bloß um terminologische Willkürlichkeiten und Wortklaubereien, sondern um Unterscheidungen von wesentlichen Merkmalen verschiedener Normarten bezw. um das Fehlen solcher Unterscheidungen. Wenn wir von einer Zeit sprechen, in der es wohl Sitte, aber noch kein Recht gebe, so fehlt uns die Kategorie der von der höchsten irdischen Macht gesetzten Normen. Wir bezeichnen dann als Sitte gewisse überlieferte Normen, gleichviel ob sie die daselbst höchste oder bloß eine ihr unterworfene Macht hinter sich haben, falls sie nur gewisse andere Merkmale zeigen, wie z. B. Bestand von altersher, nicht ausdrückliche Satzung usw. Wenn ein solcher, nicht zu wissenschaftlichen Bedürfnissen herausgearbeiteter, sondern laienhafter Sittenbegriff in das Gebiet des Rechts übergreift, so läßt sich auf dieser Grundlage der Rechtsbegriff nicht mehr zufriedenstellend definieren.

Es muß also vor allem erkannt werden, daß der Sprachgebrauch des täglichen Lebens zwischen Sitte und Recht keine genügend scharfe Grenze zieht und einmal als Sitte bezeichnet, was er ein andermal als Recht anspricht. Mit dem ängstlichen Haften an diesem unwissenschaftlichen Sprachgebrauch läßt sich aber das verschlungene Gebiet der sozialen Normen nicht erfolgreich erfassen.

Eine ganze Menge fortwährend wiederkehrender Widersprüche über den Rechtsbegriff ist eine unausbleibliche Folge dieses ungenauen Sprachgebrauches.

Nicht das Recht also, sondern die Sitte ist eine späte Erscheinung der sozialen Entwicklung.

Der hauptsächlichste Grund dieses so verbreiteten Irrtums wird wohl darin zu suchen sein, daß ein großer Teil der Lebensverhältnisse, die das primitive Recht regelte, in entwickelteren Gesellschaften den Vorschriften der Sitte anheimfiel. Man gewöhnte sich, Vorschriften, die Kleidung, Gruß, Haartracht, überhaupt alles das betreffen, was wir zum Zeremoniell rechnen, als Sitte zu betrachten, und nannte deshalb auch die primitiven Normen, die größtenteils solchen Inhalt hatten, ebenfalls Sitte. Es steckt also ein inhaltlicher Rechtsbegriff, der dem Laien sehr natürlich erscheint, hinter dieser Auffassung des Verhältnisses von Recht und Sitte. Es liegt aber für die Wissenschaft gar kein Grund vor, diesen Sprachgebrauch beizubehalten, sondern sie hat im Gegenteil allen Grund, sich von ihm loszumachen.

§ 28. Die Selbstherrlichkeit der verschiedenen Normarten. Normkonflikte.

Noch eine weitere Tatsache läßt sich über das Verhältnis der Normen zueinander schon hier feststellen. Da es zum Begriffe der Norm gehört, die Verwirklichung einer Forderung zu verlangen, so ist jedes durch einen besonderen Urheber von den übrigen Arten abgegrenzte System von Normen von diesen übrigen Arten vollkommen unabhängig. Jedes vermag zu fordern ohne Rücksicht auf die anderen Normarten, jedes System von Normen bestimmt dementsprechend seine eigenen Grenzen selbst. Sie stoßen nicht wie die Körper aneinander, sondern das Gebiet, das die eine Normart bevölkert, ist für die andere ein leerer Raum. Die Sitte kann die Vorschriften von Religion, Sittlichkeit und Recht mißachten, es kann religions- und rechtswidrige und unsittliche Sitten geben. Sitten bleiben es nichtsdestoweniger. Daß sich das Recht nicht an die anderen Normarten zu kehren braucht, daß es zum min-

desten nicht mit dem Rechtscharakter einer Norm zusammenhängt, ob sie das tut, ist für sein Verhältnis zur Religion und zur Sitte allbekannt, nur in bezug auf sein Verhältnis zur Sittlichkeit ist die Meinung oft schwankend. Aber auch dieser gegenüber ist das Recht unabhängig wie die Sitte. Wie eine unsittliche Sitte, so kann es auch ein unsittliches Recht geben. Ein Recht bleibt es doch. Für die Religionsnormen ist es von vornherein ganz klar, daß sie sich an keine andere Normart zu kehren brauchen. Und zum Begriff der Sittlichkeit gehört es ja gerade ex definitione, da sie nicht heteronom sein kann, daß sie jeder anderen Regelung gegenüber unabhängig ist. Das drückt ihre Autonomie aus. Aber auch zum Begriff der unmaßgeblichen Kollektivnormen oder der Individualnormen gehört es nicht, eine andere Art von Norm zu beachten. Das mag eine andere fordern, aber sie bleiben doch, was sie sind, wenn sie sich nicht daran kehren.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß jede Normart den übrigen gegenüber selbstherrlich ist, und folglich die übrigen auch verletzen kann, wenn sie will. Natürlich braucht sie es nicht zu tun, wenn sie nicht will.[1])

Jedes System von Normen kann die übrigen Arten auch achten, wenn es will. Ja, jede Art von Normen kann sogar ausdrücklich auch auf eine andere Art hinweisen; die Forderungen dieser anderen Art werden dadurch zu ihrem „mittelbaren Norminhalt". Die eine Normart nimmt dadurch den Inhalt der anderen, auf die sie derart hinweist, in sich auf. Aber sie kann gewisse Gebiete auch stillschweigend anderen Regelungen überlassen, ebensogut wie sie sich ihrer bemächtigen kann.

Daraus ergibt sich natürlich auch die Möglichkeit von *Konflikten* zwischen den Normen. Was die eine Normart in einer Weise regelt, kann eine andere in widersprechender Weise tun. Diese Zusammenstöße beurteilt natürlich jede Normart von ihrem Standpunkte aus, sonst wären sie ja gar nicht vorhanden.

---

[1]) Vgl. A. v. Verdross, *Zur Konstruktion des Völkerrechts*, in der Zeitschr. f. Völkerr., Bd. VIII, 229—232.

Zu einer Hierarchie der Normen können wir uns erst erheben, wenn wir nach ihrem Werte fragen. Und dabei ist es von vornherein nicht nur nicht ausgeschlossen, daß uns die Verfolgung des Wertgesichtspunktes zu einer besonderen Art von Normen führen wird, sondern, da der Wert ein normativer Gesichtspunkt ist, ist es gar nicht anders möglich. Damit hätten wir aber den hier zu verfolgenden rein erkenntniskritischen Standpunkt verlassen und den axiologischen betreten, dem wir in einer besonderen Untersuchung gerecht werden wollen.

Für die ethischen wie für die Religions- und die Rechtsnormen ist diese Selbstherrlichkeit ihrem eigenen Anspruche und ihrem Begriffe nach längst erkannt worden. Nur für das Aschenbrödl unter den Normen, für die Konventionalnorm — aus der der Anarchismus eine Prinzessin der Normen machen möchte — wird diese Wahrheit allzu häufig verkannt, weil die Eigenheit dieser Normart gewöhnlich nicht so genau geprüft zu werden pflegt wie die der übrigen und namentlich der juristischen, und ferner, weil sich derartige Untersuchungen gewöhnlich nicht im Rahmen einer allgemeinen Normlehre oder Nomologie bewegen, die ihre Vergleichung in unbefangener Weise ermöglichte, sondern nur vom speziellen Gesichtspunkte der juristischen Untersuchungen aus unternommen zu werden pflegen.[1])

---

[1]) In sonderbarer Umkehrung seiner eigenen Terminologie gelangt z. B. STAMMLER (*Theorie*, 417 ff.) dazu, diesen Anspruch auf Souveränität als eine besondere Eigenschaft der Rechtsnorm im Gegensatz zur Konventionalnorm zu bezeichnen und eine erkenntniskritische Abhängigkeit der Sitte, des Brauches und anderer Konventionalregeln von den Rechtsnormen zu behaupten.

Er geht dabei von der *Selbstherrlichkeit* der Rechtsnormen aus, die ja seinem Wortgebrauche nach nichts anderes bedeuten soll, als daß sich das Recht an die Zustimmung der Untergebenen nicht kehrt, während die Konventionalregel nach STAMMLER, wie wir (§ 25) gesehen haben, nur mit deren Zustimmung gültig sein will. Aber an andere Arten von Regelungen kehrt sich ja selbst nach STAMMLER auch die Konventionalregel nicht.

Die Tatsache dieser Unbegrenztheit oder Selbstherrlichkeit der Rechtsnormen ist dabei nicht zu leugnen. Falsch ist nur die Meinung, daß sie der Konventionalnorm nicht in ganz demselben Sinne zu eigen wäre.

Zweites Kapitel.

Die Rechtsmacht.

§ 29. Nähere Bestimmung des Urhebers der Rechtsnormen.

Damit eine Macht die *höchste* in dem hier gebrauchten Sinne des Wortes sei, ist es notwendig, daß sie ihre Gebote in einem bestimmten Kreise von Menschen gewöhnlich und erfolgreicher als andere Mächte durchzusetzen imstande sei.

Sie muß also erstens ihre Gebote *gewöhnlich* durchsetzen. Wir haben hier ein unbestimmtes Merkmal eingeführt, das wir ebenfalls wieder in klareres Licht zu setzen haben. Vorläufig sei zu seiner Erklärung nur bemerkt, daß es den Gegensatz von *immer* und *ausnahmslos* andeuten soll. Es tut also dem rechtlichen Charakter einer Norm keinen Abbruch, wenn ihr nicht Folge geleistet wird und wenn die normsetzende Macht unfähig ist, sie durchzusetzen. Es fragt sich für den rechtlichen Charakter einer Norm immer nur, ob die Macht, von der sie gesetzt worden ist, ihre Forderungen „gewöhnlich" zu verwirklichen vermag.[1] Ist das der Fall und ist die Unfähigkeit zur Durchsetzung

---

Auch BINDER gibt in seiner Kritik der STAMMLERschen Lehre (*Rechtsbegriff und Rechtsidee*. S. 183) kein richtiges Bild dieses Verhältnisses, wenn er sagt: „Die Bedeutung der bloßen Konventionalregel reduziert sich in der Wirklichkeit auf das Gebiet, auf das sich die Rechtsordnung einstweilen nicht begeben hat, und insofern kann man sagen, sie erhalte von der Rechtsordnung ihren Platz und ihre Grenze angewiesen". Sie beschränkt sich in der Wirklichkeit gar nicht auf dieses Gebiet, wie die Duellsitte und hundert andere Sitten, die auszurotten das Recht oft vergeblich bestrebt ist, zeigen. Heidnische Sitten und Gebräuche halten sich manchenorts jahrhundertelang trotz der Verfolgung von seiten des Rechts.

[1]) Vgl. *habit* of obedience by AUSTIN, *Lectures*, I[5], 222 ff. und namentlich S. 227/28: „But, in order that the *bulk* of its members may render obedience to a common superior, how many of its members, or what proportion of its members, must render obedience to one und the same superior? And assuming that te bulk of its members render obedience to a common superior, how often must they render it, and how long must they render it, in order that that obedience may be habitual? — ... this question cannot be answered precisely ..."

einer ihrer Normen die Ausnahme, so ist auch die Norm, die sie nicht durchzusetzen vermag, nichtsdestoweniger eine Rechtsnorm. Hat sie hingegen „gewöhnlich" keine Macht, um den von ihr gesetzten Normen Gehör zu verschaffen, so sind auch die Normen, die sie trotzdem durchzusetzen imstande ist, keine Rechtsnormen.[1])

F. KLEIN[2]) bezeichnet es als eine staunenswerte Tatsache, daß „die Menschen immer und überall tun und unterlassen, was das Recht anbefiehlt oder verbietet, das Gegenteil ist immer und überall nur in geringem Umfange zu beobachten, so daß es den Charakter einer Ausnahme kaum je verliert". Die Erklärung dieser erstaunlichen Tatsache liegt aber einfach darin, daß nur diejenigen Normen rechtliche sind, die von einer Macht herkommen, welcher der Gehorsam nur ausnahmsweise verweigert wird.

„Es ist doch sonderbar bestellt,
Sprach Hänschen Schlau zu Vetter Fritzen,
Daß nur die Reichen in der Welt
Das meiste Geld besitzen."

Damit jedoch die Normen einer Macht den Charakter von Rechtsnormen annehmen, bedarf es auch noch eines *relativen* Merkmals dieser Macht: sie muß zu diesem Behufe ihre Forderungen auch erfolgreicher als andere Mächte durchsetzen können, sie muß neben einem bestimmten Grade von

---

[1]) Vgl. KIPP bei WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I⁸, 68 Anm.: „Recht ist nur dasjenige, welches ein gewisses Maß tatsächlicher Macht hinter sich hat ... Was ist ein Machthaber? Was ist die siegende Partei? Einen Machthaber kann man nur den nennen, der für seine Befehle im allgemeinen Gehorsam findet und nur ausnahmsweise nicht; die siegende Partei ist diejenige, welche die ihr entgegenstehende im allgemeinen unterworfen hat, dergestalt, daß einzelne Auflehnungen der besiegten Partei den allgemeinen Zustand des Übergewichts nicht mehr stören. Recht ist nur diejenige ihrem Sinne nach unverletzlich gelten wollende Regel des Zusammenlebens, welche im allgemeinen Gehorsam findet und nur ausnahmsweise nicht". Vgl. auch das „tatsächliche Herrschen" bei ZITELMANN, *Gewohnheitsrecht und Irrtum*, im Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 66, N. F. 16, 1883, S. 456.

[2]) F. KLEIN, *Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung*, 1912, S. 15/16.

absoluter Macht auch relativ die höchste sein. Mit dieser Relativität allein ist die *Rechtsmacht* — wie wir jene Macht der Kürze halber auch nennen können —[1]) noch nicht gegeben. Es kann eine relativ höchste in absoluter Hinsicht nicht hoch genug sein, um eine Rechtsmacht zu sein. Anderseits müssen wir eine Macht wiederum als die relativ höchste ansehen, wenn sie es in der Regel ist. Es mag dabei vorkommen, daß andere Machthaber ihre Forderungen *ausnahmsweise* mit mehr Erfolg durchzusetzen imstande sind. Es mag sein, daß eine andere Macht gerade an dem Punkt, an dem die Rechtsmacht versagt, ihre Forderungen allenfalls auch gerade entgegengesetzten Inhalts durchzusetzen vermag. Solange das nur ausnahmsweise der Fall ist, bleibt doch die Macht die relativ höchste, die ihre Forderungen gewöhnlich auch den übrigen gegenüber verwirklicht.

Wir sehen nunmehr, daß das Merkmal des „gewöhnlichen“ Durchsetzens von Forderungen das andere Merkmal, das des erfolgreicheren Durchsetzens, bereits mitenthält. Denn wenn eine Macht ihre Normen gewöhnlich oder in der Regel durchsetzt, so kann es eine andere im selben Kreise nur mehr ausnahmsweise, aber nicht ebenfalls gewöhnlich tun. Das gewöhnliche Durchsetzen ihrer Normen hebt demnach eine Macht bereits über alle anderen Mächte des betreffenden Kreises. Es ist damit auch die Lösung der Frage angedeutet, ob es mit dem Begriff einer Rechtsmacht vereinbar ist, die an sie selbst gerichteten Normen einer andern Macht zu

---

[1]) Die Bezeichnung „Rechtsmacht“ wird hier in anderem Sinne verwendet als bei Zitelmann (*Internationales Privatrecht.* I, 1897, S. 63): „Von einer Rechtsmacht des Staates läßt sich nur sprechen, wenn wir die staatliche Tätigkeit an einer objektiven Rechtsordnung messen“. Es ist derselbe Begriff, den Seydel (*Grundzüge,* 4, 14) als Herrscher, Austin als „the Sovereign“ bezeichnet. Wenn der Austinschen Lehre entgegengehalten werden konnte: „law is an emanation from the people to the sovereign, and not a command imposed by the sovereign on the people“ (F. Wharton, *Commentaries on Law.* 1884, S. 5), so liegt es an einer ungenauen Erfassung des Austinschen Begriffs: the sovereign, womit sich die ganze umfangreiche Polemik des Whartonschen Werkes gegen Austin von Haus aus in ein schiefes Verhältnis zu ihm setzt.

befolgen? Wir sehen, daß sie das wohl ausnahmsweise, nicht aber in der Regel oder „gewöhnlich“ tun darf, um eine Rechtsmacht bleiben zu können. Denn täte sie es in der Regel, so würden dadurch ihre Normen zu bloßen Anwendungen der Normen jener übergeordneten Macht, und es wäre somit eigentlich diese diejenige, die ihre Normen im betreffenden Kreise in der Regel durchsetzte. Es ist das Problem der „Souveränität“, dem wir noch begegnen werden.

Dazu ist noch nebenbei zu bemerken, daß unter dem Setzen, Aufstellen, Erlassen einer Norm natürlich nicht nur ihr erstmaliges Setzen zu verstehen ist, sonder ebensogut das Aufrechterhalten einer bereits von einer anderen Macht gesetzten Norm. Wenn sich der Nachfolger eines Machthabers die Normen seines Vorgängers in Bausch und Bogen — allenfalls auch stillschweigend — zu eigen macht, so sind sie dadurch auch seine Normen geworden. In diesem Sinne sagte schon HOBBES: The legislator is he, not by whose authority the law was first made, but by whose authority it continues to be a law.[1])

Da eine Macht nur in einem bestimmten Kreise von Menschen in dem erörterten Sinne die „höchste“ sein kann, so folgt daraus, daß die an Mitglieder eines anderen Kreises gerichteten Normen eben dieser Macht keine Rechtsnormen mehr sind. Nur die innerhalb desjenigen Kreises adressierten Normen

---

[1]) Vgl. AUSTIN, *Lectures*, I[5], S. 220. Sodann, allerdings mit Beschränkung auf moderne Verhältnisse, GMÜR, *Die Anwendung des Rechts*. 1908, S. 45: „Das Gesetz ist eine permanente Willenserklärung des ganzen Volkes; von diesem Standpunkte aus ist daher sein Sinn zu ermitteln, nicht von demjenigen seiner Entstehungszeit aus“. Es ist auch durchaus unrichtig, wenn man das Zurückgehen auf den Willen des Gesetzgebers der Entstehungszeit als absolutistische Lehre bezeichnet hat. (LUKAS, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers*; GMÜR, *Die Anwendung des Rechts*. 1908, S. 55.) Sie ist nämlich selbst für den Absolutismus nicht gültig. Es kann diesbezüglich zu denken geben, daß gerade HOBBES, der doch für die Prinzipien des absoluten Staates ein geübtes Auge hatte, die entgegengesetzte Lehre aufgestellt hat. Er hat eben richtig erkannt, daß es sich dabei um einen Grund- oder Voraussetzungsbegriff alles Rechtswesens handelt, der von irgendwelcher besonderen Gestaltung eines Staates ganz unabhängig gilt.

einer Rechtsmacht, durch dessen Gehorsam sie eben zu einer solchen wurde, sind Rechtsnormen.[1]

Da der Begriff einer Rechtsmacht einen „Kreis von Menschen“ erfordert, die ihre Normen befolgen, erhebt sich auch die Frage, wie viele es ihrer sein müssen, damit ihr Gehorsam die normsetzende Macht zu einer Rechtsmacht erhebe. Auch eine der Fragen in bezug auf den Begriff des Rechts, die eine mathematische Behandlung nicht vertragen.[2]

§ 30. Die Rechtsnormen als begriffliches multum tantum. Die Rechtsordnung.

Die Rechtsmacht ist jedoch auch dadurch noch nicht hinlänglich gekennzeichnet, daß sie eine Macht ist, die ihre Normen in einem bestimmten Kreise von Menschen gewöhnlich und damit auch erfolgreicher als andere Faktoren durchzusetzen imstande ist. Die Normen einer Macht, die nur eine ganz spärliche Anzahl von Normen an ihre Untergebenen richtete, würde nicht zu einer Rechtsmacht, selbst wenn sie diese Normen auch im erläuterten Sinne durchzusetzen imstande wäre. Es ist dazu auch noch erforderlich, daß sie zahlreiche Normen an ihre Untergebenen richte, und ein weites Gebiet der Lebensverhältnisse in positiver Regelung machtvoll erfasse.[3]

---

[1] Vgl. u. a. Zitelmann, *Internationales Privatrecht,* I, 1897, S. 62/63; Zorn, *Deutsches Staatsrecht,* II, 421 ff.; Grosch, *Der Staat und seine Aufgabe,* Arch. f. öff. Recht, XXV, S. 407—454. — Wir werden dieser Frage bei der Erörterung des Problemes des Rechtsnormadressaten (unten, §§ 139 u. 141) eingehender entgegentreten. Siehe ferner Austins feine Bemerkungen (*Lectures,* I^5, S. 256/57) in bezug auf die Möglichkeiten, daß ein Individium, welches der Rechtsmacht des einen Staates angehört, zugleich auch an der Rechtsmacht eines anderen Staates teilhat, oder daß ein Individuum, welches (als absoluter Alleinherrscher) selbst die Rechtsmacht eines Staates ausmacht, auch der Rechtsmacht eines anderen Staates mit angehört (z. B. zugleich auch konstitutioneller Herrscher eines anderen Staates ist).

[2] Vgl. über das Minimum des zum Begriffe des Rechts erforderlichen Kreises von Menschen auch noch unten, § 84.

[3] D. h. nicht bloß negativer Weise, also einfach dadurch, daß nichts über dieselben ausgesagt sei, dasjenige aber, was weder geboten noch verboten ist, erlaubt sei. Vgl. das unten über die sogen. logische Geschlossenheit des Rechts zu Sagende.

Es ließe sich ja eine Macht denken, die wohl relativ die höchste in einem gegebenen Kreise von Menschen, aber in absoluter Hinsicht nicht hoch genug wäre, um als Rechtsmacht zu gelten. Es ist dazu auch ein in der Regel Normieren unerläßlich.

Aus dem hier entwickelten Begriff der Rechtsmacht folgt zugleich, daß es eine Rechtsnorm als isolierte Einheit, ohne daß sie zugleich einer Vielheit von Schwestern angehörte, nicht geben kann. Darin, daß eine Macht ein weites Gebiet von Lebensverhältnissen normativ ergreifen muß, um zu einer Rechtsmacht werden zu können, ist bereits die Erkenntnis enthalten, daß es eine Rechtsnorm für sich gar nicht geben kann, sondern daß solche in der Wirklichkeit immer nur als ein begriffliches plurale oder besser gesagt multum tantum vorkommen können. Es ist damit zugleich der Wahrheit Ausdruck verliehen, daß dasjenige, was wir bisher als Rechtsnorm bezeichnet und zum Ausgangspunkt unserer Untersuchung gemacht haben, nur als Teil eines Ganzen gedacht werden kann. Der Begriff einer Rechtsnorm weist über sich selbst hinaus auf das Ganze einer von einem einheitlichen Urheber getragenen Vielheit von Rechtsnormen. Dieses Ganze nennen wir Rechtsordnung. Es wird häufig auch kurzweg als „Recht“ bezeichnet: das deutsche Recht, das römische Recht. Damit haben wir zwei verschiedene Bedeutungen des Wortes Recht erkannt: die einzelne Rechtsnorm, und die Einheit der irgendwo bestehenden Rechtsnormen oder die Rechtsordnung.

§ 31. Die Möglichkeit rechtloser Zeiten. Der sogen. Anarchismus als Rechtszustand.

Dem Umstand, daß eine Macht ein weites Gebiet der menschlichen Lebensverhältnisse ergreifen muß, damit es Rechtsnormen überhaupt geben könne, wird bei den üblichen Bestimmungen des Rechtsbegriffes gewöhnlich nicht Rechnung getragen. Verschiedene Unklarheiten hängen hiermit zusammen.

So läßt sich die Frage, ob es rechtlose Zeiten geben könne, erst auf der hier gebotenen Grundlage entscheiden, und damit läßt sich auch die Irrtümlichkeit der landläufigen Meinungen über den Anarchismus zeigen.

Es ist nicht undenkbar, daß es zu Zeiten jene höchste Macht, die Recht setzen könnte, nicht gibt.

Alle Zeiten, in denen diese bestimmt geartete oberste Macht in bezug auf bestimmte Menschenkreise nicht zustande kommt, sind rechtlose. Wenn z. B. ein Bürgerkrieg lange und unentschieden wütet, wenn allgemeiner Aufruhr an Stelle der Ordnung tritt wenn eine äußere Macht die bestehende Staatsgewalt niederwirft, sich aber nicht behaupten kann und auch sonst keine Macht zustande kommt, deren Normen allgemein befolgt würden, so besteht eben zu solchen Zeiten kein Recht. Allerdings wird sich ein solcher Zustand nicht lange erhalten. Die allgemeine Zügellosigkeit und Unordnung würde den betreffenden Kreis bald vernichten. Denn, und das sei besonders betont, nur allgemeine Zügellosigkeit und Aufruhr kann Platz greifen, wenn das Recht aufhört zu sein. Es muß kein Recht geben, aber die Alternative lautet: entweder rechtlich geregelter Zustand oder jener bellum omnium contra omnes des Hobbes. Als vorjuristischer Naturzustand, als die Kennzeichnung einer einstmaligen historischen Stufe, der gegenüber der Rechtszustand ein historisches Posterius wäre, ist diese Gegenüberstellung sicher unrichtig aber als logisches Entweder-Oder ist sie durchaus richtig erkannt. Man wird vielleicht geneigt sein, die naheliegende Frage zu erheben, ob sich denn nicht auch ein Zustand denken ließe, der uns einen Kreis von Menschen in friedlichem Beisammensein zeigte, ohne Macht und Obrigkeit, in dem das ausdrückliche oder stillschweigende Übereinkommen die Stelle des Zwanges einnähme und die freiwillige Befolgung der freien Verabredung jedes Recht unnötig machte. Vielleicht — wird man sagen — sind die Menschen nicht gut und vernünftig genug, einen solchen Zustand herbeizuführen, aber auch dann wäre er nur psychologisch unmöglich, weshalb sollte er aber auch logisch unmöglich sein?

Man kann nun zwar nicht leugnen, daß sich der geschilderte Zustand denken läßt, aber man muß hinzufügen, daß damit auch schon ein Rechtszustand gedacht ist. Wenn die Menschen die im Übereinkommen gesetzten Normen befolgen, so ist ja auch wiederum jene höchste Macht in Gedanken

mitgesetzt, die wir als Rechtsmacht bezeichneten und deren Merkmal es gerade ist, daß die von ihr herrührenden Normen gewöhnlich und mehr als irgendwelche anderen befolgt werden. Dann wäre in so einer Gesellschaft eben die Gesamtheit der Menschen die Rechtsmacht. Zum Begriffe der Rechtsmacht gehört es ja nicht, daß einer den anderen mit Gewalt und Strafe zwinge, daß es Zwingende und Gezwungene gebe. Wenn alle übereinstimmen und einverstanden sind, so hat deswegen die Rechtsmacht nicht aufgehört zu sein. Wenn wir immer Einen aus der Gruppe der Gezwungenen zur Gruppe der Zwingenden hinzudenken, wenn wir alle Fälle des nicht freudigen Befolgens der Rechtsnorm wegdenken, haben wir den Begriff des Rechts noch durchaus nicht zerstört. Mit einem Wort, wenn wir eine *konventionelle* Macht zur höchsten machen, so hat sie eben aufgehört, eine (im technischen Sinne des Wortes) konventionelle zu sein, und ist zur Rechtsmacht geworden. Gehört es doch gerade zum Begriff eines Faktors, von dem eine Konventionalnorm herkommen kann, nicht die höchste Macht in jenem bestimmten Kreise zu sein, wie wir bereits gesehen haben.[1])

Wir haben also gar nicht die Wahl, an die uns der *Anarchismus* glauben machen möchte, zwischen Rechtsordnung oder Konventionalordnung, sondern nur die Wahl zwischen Rechtsordnung oder *Anarchie*. Allerdings läßt sich das Walten der Konvention auch in einer durch Rechtsnormen nicht geregelten Gesellschaft denken. Wenn nämlich die herrschende Zügellosigkeit und Unordnung mit dem Begriffe einer Macht, deren Regeln gewöhnlich befolgt würden, wohl im Widerspruche steht, so ist sie mit der Befolgung einzelner isolierter, nur auf geringe Gebiete des Lebens bezüglicher Normen nichtsdestoweniger verträglich. Auch in der Anarchie kann es eine Konvention und einen Brauch geben. Relativ ist sodann diese Konventionsmacht die höchste, aber sie ist in absoluter Hinsicht nicht hoch genug, um als Rechtsmacht gelten zu können.[2]) [3])

---

[1]) Siehe oben. § 24.

[2]) Vgl. auch § 54 über das Völkerrecht.

[3]) Insofern ist die Behauptung Jellineks (*Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 93), daß sich keine Gesellschaftsgruppe außerhalb des Staates

Die Konventionalnormen können also sowohl von einem Urheber herrühren, über dem eine Rechtsmacht steht, wie von einem, der keiner Rechtsmacht unterworfen ist. Im letztern Falle kann dieser Normgeber relativ der höchste in dem von ihm geregelten Menschenkreise sein; er muß aber in absoluter Hinsicht auf einer geringen Höhe von Macht bleiben, um nicht wieder selbst zur Rechtsmacht des betreffenden Menschenkreises zu werden. Es können also nur spärliche, nicht einen allzu großen Teil der Lebensverhältnisse erfassende Normen von ihm ausgehen, wenn es Konventionalnormen bleiben sollen. In diesem Sinne könnte man vielleicht geneigt sein, den Urnormen mancher primitiven Gesellschaft den Charakter von zugleich rechtlichen mit Bezug darauf abzusprechen, daß sie sich nur auf ein allzu geringes Gebiet von Lebensverhältnissen erstrecken. Doch wäre das nach alldem, was wir gerade über die primitivsten Kulturstufen,[1] über die sich uns eine eingehendere Kenntnis eröffnet hat, wissen, durchaus unrichtig. Bereits die uns zugänglichen primitivsten Stufen weisen ein sehr umfassendes System von Regelungen der Lebensverhältnisse auf.

Das anarchistische Ideal geht aber nicht auf ein so beschränktes Maß von Konvention, sondern auf eine machtvolle Regelung, die mindestens ein so umfassendes Gebiet der Lebensverhältnisse betrifft, daß damit allgemeine Ordnung und harmonisches Zusammenwirken gesichert sei. Eine derartige Konvention würde eine genügend hohe Macht bedeuten, um als Rechtsmacht gelten zu können. Wenn sich also der Anarchismus als ein rechtloser Zustand, als An-archismus in einen begrifflichen Gegensatz zur Rechtsordnung stellt, wie das gewöhnlich der Fall ist, so beruht das auf Unklarheiten bezüglich des Rechtsbegriffes. Was der Anarchismus in Wahrheit will, ist nicht die Vernichtung jeglichen Rechts, sondern nur

oder doch ohne ihn denken läßt, ungenau, wie auch die Bemerkung Stammlers, *Wirtschaft und Recht,* 1. Aufl., S. 135, daß nie etwas davon zu unserer Kenntnis gelangt sei, daß einmal eine Konventionalgemeinschaft bestanden hätte, in der es kein Recht gegeben hätte. Vgl. auch Bierling, *Juristische Prinzipienlehre,* II, 349.

[1]) Vgl. Somló, *Der Güterverkehr in der Urgesellschaft,* 1909, S. 45 ff., 62.

ein besonders geartetes Recht.[1]) Sein Ideal geht nicht, wie er selbst glaubt, auf die Abschaffung jeder Rechtsmacht, sondern nur auf eine besondere Gestaltung derselben. Er fordert eine Rechtsmacht, die aus einer Übereinstimmung aller hervorginge. Das Problem des richtig verstandenen Anarchismus schrumpft also zu einer besonderen Lehre vom richtigen Rechte zusammen.[2])

§ 32. Die Beständigkeit der Rechtsmacht.

„Einen oder zwei oder drei Tage“ — sagt Aristoteles [3]) — „läßt sich unschwer jede beliebige Verfassung aufrecht erhalten.“ Mit anderen Worten, eine Verfassung, die nicht von einer längeren Dauer ist, ist gar keine. Es gehört eben zum Begriffe einer Rechtsordnung, nicht bloß von heute auf morgen zu gelten, und zum Begriffe einer Rechtsmacht, von dauerndem Bestande zu sein. Freilich kann eine Rechtsmacht zum Teil auch aus labileren Elementen bestehen, deren Vorhandensein die ohnedies nicht leichte Feststellung dessen, wo in einem gegebenen Kreise von Menschen die Rechtsmacht sei, noch mehr erschwert. Aber es muß neben solchen labilen und wechselnden Elementen immer ein stabilerer Kern von Machtfaktoren da sein, damit von einer Rechtsmacht die Rede sein könne.[4])

Daraus, daß der Rechtsbegriff eine dauernde Befolgung der Normen einer dauernden Macht voraussetzt, folgt, daß diese

---

[1]) Vgl. Menger, *Neue Staatslehre,* 1903, S. 10: „Alle anarchistischen Lehren wollen den heutigen herrschenden und gebietenden Staat mit seiner Gesetzgebungs- und Zwangsgewalt auflösen und an seine Stelle eine auf Vertrag der Beteiligten beruhende Verwaltungsorganisation setzen“.

[2]) Über den Anarchismus siehe Proudhon, *Idée générale de la revolution au XIX. siècle.* 1851; Kropotkin, *La conquête du pain,* 1892; *L'anarchie,* 1896; Bakunin, *L'étatisme et anarchie,* 1874; Reclus, *L'évolution, la révolution et l'idéal anarchique;* Most, *Die freie Gesellschaft,* 1884; Eltzbacher, *Der Anarchismus.* 1900; Berolzheimer, *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.* II. S. 301—313 sowie die dort angeführte Literatur; Nettlau, *Bibliographie de l'anarchie.* 1897.

[3]) *Politik,* VI. Buch, 5. Kap., 1319 b.

[4]) Vgl. § 95.

Macht nicht an die bloß zufällige Existenz einer Persönlichkeit gebunden sein kann. Sie kann wohl bei einer Einzelperson sein, diese muß sich jedoch in irgend einer Weise generell bestimmen lassen. Die jeweilige Einzelperson, der die Macht zusteht, muß die Verwirklichung von nicht zufälligen und nicht vorübergehenden Machtbedingungen darstellen, um als eine Rechtsmacht gelten zu können. Wollen wir diese relative Beständigkeit der Machtverhältnisse im Flusse der wechselnden Umstände als Institution bezeichnen, so können wir sagen: die Macht muß zu einer Institution gediehen sein, um Rechtsmacht sein zu können. Natürlich dürfen wir dabei noch nicht an eine juristische Institution denken. Es ist eine Institution der Tatsachen.

Dasselbe gilt auch für die Fälle, in denen die Macht nicht einem einzelnen, sondern einer Vielheit zusteht.

Auch ist damit wieder gezeigt, was wir bereits erwähnt haben, daß die Rechtsnorm nicht den Willen eines einstigen Machthabers gewissermaßen in fossilem Zustande aufbewahrt, sondern immer auch den Willen der gegenwärtigen Macht bedeutet.[1])

§ 33. Die Rechtsmacht und die Befolgung ihrer Normen.

Der Begriff einer Rechtsmacht bedeutet also ein bestimmtes Verhältnis zwischen einem Normsetzer und denen, an die seine Normen gerichtet sind. Dieses Verhältnis kann sowohl vom Gesichtspunkte des Normsetzers, als auch vom Gesichtspunkte der Untergebenen aus ins Auge gefaßt werden. Wir haben es bisher mehr vom Gesichtspunkte des Normsetzers aus aufgefaßt, indem wir diesen als *eine Macht* bezeichnet haben, die ihre Normen gewöhnlich durchzusetzen imstande ist. Mehr von der Seite der Untergebenen betrachtet, können wir ihn ebensogut als einen Faktor bezeichnen, dessen Normen von denen, an die sie gerichtet sind, gewöhnlich *befolgt* werden oder *Gehorsam* finden. Das Durchsetzen oder Verwirklichen von Normen kommt eben dann zustande, wenn sie befolgt

---

[1]) Vgl. allerdings nur in bezug auf moderne Verhältnisse Gmür, *Die Anwendung des Rechts*, 1908, S. 44 ff.

werden. Es gilt hier das Wort SCHILLERS: „Den Gebietenden macht nur der Gehorchende groß“. Über die Motive des Gehorsams sei vorläufig noch gar nichts gesagt, es gilt bloß die nackte Tatsache des Befolgens oder Gehorchens festzustellen.[1])

Zur Bezeichnung dieses Verhältnisses dient auch das Wort *Herrschaft.* Während im Durchsetzen, beziehungsweise im Befolgen von Normen die Begriffselemente des Gewöhnlichen, Regelmäßigen und Dauernden noch nicht zum Ausdruck gelangen, enthält der Begriff der Herrschaft auch diese Elemente. Er ist daher zur Bezeichnung des Verhältnisses der Rechtsmacht zu ihren Untergebenen besonders geeignet und wird auch schon von altersher dazu verwendet.[2])

Es ist gegen die Zurückführung der Rechtsmacht auf die Befolgung ihrer Normen der Einwand erhoben worden, daß dadurch der ganze Gedankengang umgekehrt und schließlich der Wille der Befolgenden zum Ausgangspunkt und Leitbegriff in der Bestimmung des Rechts gemacht wird.[3]) Dieser Einwand ist aber nur ein Spiel mit Worten. Im Be-

---

[1]) Vgl. BLUNTSCHLI-BRATER, *Deutsches Staatswörterbuch*, IV, 1859, S. 80: „Wenn ein lebendes Wesen sich nach dem Willen eines anderen ihm übergeordneten Wesens richtet und tut oder leidet, was dieses von ihm verlangt, so nennen wir es jenem gehorsam“. — LIPPS, *Die ethischen Grundfragen*, 80: „Die Erfüllung einer Forderung nennen wir: Gehorsam“. BINDING, *Normen*, II[2], 144 geht dagegen zu weit, indem er ein bestimmtes Motiv der Befolgung in seinen Gehorsamkeitsbegriff hineinnimmt: „Gehorsam ist nichts anderes als die Unterwerfung des eigenen unter einen überlegenen Willen auf Grund des Pflichtmotivs“.

[2]) Schon SOKRATES stellt das Herrschen als Prinzip der sozialen Vereinigung von Menschen auf, dem dann als Gegenstück das Beherrschtsein oder der Gehorsam entspricht. Dieser Gedanke wurde der griechischen Philosophie geläufig. Siehe F. v. TESSEN-WESIERSKI, *Der Autoritätsbegriff in den Hauptphasen seiner historischen Entwicklung*, Paderborn. 1907, S. 7, 15. Neuerdings ist der Herrschaftsbegriff in der deutschen Staatslehre zu besonderer Bedeutung gelangt. Vgl. unten. § 83.

[3]) So KRABBE, *Die Lehre der Rechtssouveränität*. Groningen, 1906, S. 74 u. 150, indem er gegen die Lehre AUSTINS, der die Souveränität der Rechtsmacht durch den gewohnheitsmäßigen Gehorsam der Untergebenen bestimmt, den Einwand erhebt. „daß sein Gedankengang nichts anderes ist als eine Reproduktion der Lehre von der Volkssouveränität im Sinne ROUSSEAUS“.

folgen von Normen ist allerdings der eigene Wille des Befolgenden mitenthalten. Es bedeutet aber einen gewaltigen Unterschied, ob ich einfach hinnehme, was ein anderer bestimmt hat, oder ob ich selbst bestimme, wie ich mich verhalten soll. Mein Verhalten ist in dem einen Falle in ganz anderem Sinne ein von mir gewolltes als im anderen.

Kelsen[1]) unterscheidet ein subjektives und ein objektives Befolgen von Normen. „Subjektiv kann nur jene Norm als befolgt erachtet werden, deren spezifische Garantien das Motiv des Handelns gebildet haben.“ Seine Unterscheidung ist zwar richtig, aber wenn Kelsen darin einen Beweis dafür sieht, daß die Rechtsnormen nicht auch aus anderen Motiven als aus Furcht vor der staatlichen Strafe und Exekution subjektiv befolgt werden können, so ist das weniger richtig und beruht auf einem Irrtum darüber, was Kelsen die spezifischen Garantien der Rechtsnormen nennt. Daß ein ausschließlich „objektives“ Befolgen von Normen zur Konstituierung einer Rechtsmacht nicht hinreicht, läßt sich leicht zeigen, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß sich sonst jeder harmlose Spaßmacher, der irgendwo subjektiv befolgte Normen auch seinerseits wiederholte, wenn sich auch niemand um solchen Zeitvertreib kümmerte, dadurch zu einer Rechtsmacht der betreffenden Gesellschaft aufwerfen könnte. Eine rein „objektive“ Befolgung begründet eben keine Herrschaft.[2])

§ 34. Die Definition des Rechts.

Recht bedeutet demnach die Normen einer gewöhnlich befolgten, umfassenden und beständigen höchsten Macht. Es braucht wohl nicht besonders gesagt zu werden, daß diese Definition nur im Zusammenhang mit den vorausgeschickten Erwägungen verstanden werden will, nicht aber aus diesem

---

[1]) Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 220 ff.

[2]) Es braucht nicht wiederholt zu werden, daß immer nur von einer generellen Befolgung der Normen einer Macht die Rede ist. Da es dem Rechtscharakter einer einzelnen Norm keinen Abbruch tut, wenn sie überhaupt nicht befolgt wird, so kann auch ihre bloß „objektive“ Befolgung nicht von dieser Wirkung sein.

Zusammenhange herausgerissen in irgend einem zufälligen Sinne der sehr weiten Alltagsbedeutungen ihrer Begriffselemente. Es müssen also die oben ausgeführten spezifischen Bedeutungen der Begriffe des „gewöhnlichen“ Befolgens, der „umfassenden“ und der „beständigen Macht“ in diese Definition hineinversetzt werden, wie die für eine Unbekannte gewonnenen Werte in eine Gleichung.

Aber selbst in dieser Beschränkung enthält diese Definition viel Unbestimmtes. Wir sagten, daß die Normen der Rechtsmacht „gewöhnlich“ befolgt werden müssen, wenn sie auch „ausnahmsweise“ verletzt werden können. Wir sahen, daß die Rechtsmacht die Normen einer anderen Macht im selben Sinne nicht „gewöhnlich“, wohl aber „ausnahmsweise“ befolgen kann. Wir haben gefunden, daß sie „zahlreiche“ Normen an ihre Untergebenen erlassen und ein „weites“ Gebiet ihrer Lebensverhältnisse ergreifen muß. Wir haben ferner gefunden, daß die Rechtsmacht „beständig“ sein muß.

Alle diese Bestimmungen sind ungenau, und wenn sich auch im Laufe der folgenden Erörterungen noch zu mancher Erhellung dieser Begriffe durch Beispiele und weitere Auseinandersetzungen Gelegenheit bieten wird, so wird sich doch das Unbestimmte und Fließende darin keinesfalls ganz beheben lassen. Die „Gerändertheit“ gehört eben mit zu den Eigenheiten des Rechtsbegriffes. Wer einen ganz scharf geschliffenen Begriff des Rechtes zu geben versuchte, der hätte seine Aufgabe bereits eben dadurch verfehlt. Es ist das übrigens auch schon öfters erkannt worden. So in aller Klarheit von Kipp[1]) und in ganz ausgezeichneter und ausführlicher Behandlung der Frage schon von Austin.[2])

[1]) Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* 8. Aufl. I, Anm. 68.

[2]) Austin. *Lectures,* I[5], S. 227 ff. Vgl. beispielshalber ebenda, S. 229 bis 230: „When did the revolted colony, which is now the Mexican nation, ascend from the condition of an insurgent province to that to an independent community? When did the body of colonists, who affected sovereignty in Mexico, change the character of rebel leaders for that of a supreme government? . . . Now the questions suggested above are equivalent to this: When had the inhabitents of Mexico obeyed that body so generally, and when had that general obedience become so frequent and lasting, that the *bulk* of the inhabitants of Mexico were *habitually*

Wer sich darüber nicht beruhigen könnte und diesen fließenden Elementen im Begriffe des Rechts durchaus festere Formen verleihen wollte, der sei an die Lehre des ARISTOTELES[1]) erinnert: „Darin zeigt sich der Kenner, daß er in den einzelnen Gebieten je den Grad von Genauigkeit verlangt, den die Natur der Sache zuläßt".[2])

§ 35. Die Normalität im Begriffe des Rechts.

Nach diesen Ausführungen über das Wesen der Rechtsmacht können wir uns nunmehr besser ausgerüstet nochmals der Frage zuwenden, welche Bedeutung die Normalität oder das in der Regel Geschehende im Gegensatz zum Geschehen-Sollenden für den Begriff des Rechtes hat. Wir haben diese Frage bereits einmal[3]) ins Auge gefaßt und darauf hingewiesen, daß der Oberbegriff des Rechtes der Begriff eines Geschehen-Sollens, nicht aber der einer Regelmäßigkeit des Geschehens ist. Dadurch, daß das Recht als der Inbegriff von Normen einer gewöhnlich befolgten Macht bezeichnet worden ist, ist der Begriff der Rechts*norm* zu dem Begriffe des Regelmäßigen oder des Normalen wohl in eine gewisse Beziehung gebracht worden, der Oberbegriff des Rechts bleibt aber trotzdem die Norm. Eines ist, daß die Rechtsnorm immer eine Forderung, ein Geschehen-Sollen, nicht aber das regelmäßig Geschehende bedeutet, und ein anderes ist, daß die Rechtsnorm von einer Macht herrührt, zu deren Eigenarten es gehört, ihren Forderungen regelmäßig Geltung zu verschaffen. Erst hier gelangen wir zum Begriffe des Normalen. Dieses Regelhafte ist

disobedient to Spain, and probably would not resume their discarded habit of submission?

Or the questions suggested above are equivalent to this: When had the inhabitants of Mexico obeyed that body so generally, and when had that general obedience become so frequent and lasting, that the inhabitants of Mexico were independent of Spain in practice, and were likely to remain permanently in that state of practical independence."

[1]) *Nikom. Ethik,* Buch I, Kap. 1.

[2]) Ganz ähnlich bezeichnet es AUSTIN, *Lectures,* I[5], S. 333, wenn er angibt, sich auf „as much of completeness and exactness as the scope of the attempt requires" beschränken zu müssen.

[3]) Oben, § 18.

also nicht die Eigenschaft des einzelnen Rechtssatzes. Es ist möglich, daß die Rechtsmacht einen solchen lange Zeit oder überhaupt nicht durchsetzen kann. Gerade so wenig, als sie deshalb schon aufhört, eine Rechtsmacht zu sein, hört deshalb jene Rechtsnorm auf, eine solche zu sein. Man verkennt die Bedeutung des tatsächlichen Befolgens für den Rechtsbegriff, wenn man jeden einzelnen Rechtssatz am Prüfstein des ihm besonders entgegengebrachten Gehorsams messen zu müssen meint. Die Tatsache des gewöhnlichen Befolgens als einer Voraussetzung des Rechts ist die Befolgung, die seinem Urheber im allgemeinen gezollt wird. Ansonst wäre die Verletzung eines neuen Gesetzes, mindestens in den ersten Tagen seines Bestehens, noch keine Rechtsverletzung.

Daß der Begriff der Rechtsnorm auch zum Begriffe des Normalen irgend eine Beziehung hat, ist häufig gefühlt worden, aber dieses Gefühl hat in den unrichtigsten Lehren seinen Ausdruck gesucht. Es ist übersehen worden, daß wenn auch gewisse Rechtsnormen oft nur dasjenige fordern, was seit Menschengedenken tatsächlich geübt wurde, es doch zwei streng zu scheidende Gesichtspunkte sind, ob etwas tatsächlich geübt wird, oder ob diese Übung gefordert ist. Schließlich ist nicht alles, was von altersher geübt wurde, eine geforderte Übung[1]) (am wenigsten eine rechtlich geforderte), und selbst wenn sie es ist, ist die Übung von der in ihr zum Ausdruck gelangten Forderung noch immer zu trennen.

Damit finden auch die oben[2]) genannten neuern Lehren einer „soziologischen Jurisprudenz", nach der das Recht in einem tatsächlichen Verhalten oder in sonstwie bezeichneten „Rechtswirklichkeiten" bestünde, die in Gegensatz zu dem Begriffe der Normen zu bringen wären, ihre Erledigung.

§ 36. Recht und Macht.

Die Bezeichnung des Urhebers von Rechtsnormen als einer *Macht* bedeutet weiter nichts, als seine Fähigkeit zum (gewöhnlichen) Verwirklichen seiner Normen, mit anderen

[1]) Vgl. oben, § 24.
[2]) § 18.

Worten: zur Verursachung ihrer Befolgung. Das Durchsetzen von Normen kann demnach ebenso verschieden sein wie die Motive ihrer Befolgung. Der Begriff der Rechtsmacht aber, wie wir ihn aufgestellt haben, hat nichts mit irgend welchen *besonderen* Arten der Durchsetzung oder irgend welchen *besonderen* Motiven der Normbefolgung zu tun, sondern umfaßt alle möglichen in ihrer Gesamtheit. Es kann also eine Rechtsmacht die Befolgung ihrer Normen durch physischen Zwang oder durch Drohung mit einer Strafe, deren Verwirklichung physischen Zwang erfordert, durchsetzen oder sie mag sie ohne solchen Zwang verwirklichen. Rechtsmacht darf also nicht einfach mit dem Begriffe einer physischen Macht gleichgesetzt werden.[1]) Die Beweggründe eines unerzwungenen oder freiwilligen Befolgens von Normen können wieder die allerverschiedensten sein, und dementsprechend kann auch die Rechtsmacht auf verschiedener Grundlage beruhen. Religiöser Glaube, ethische Gründe, stumpfe Gewöhnung,[2]) Erwartung von Vorteilen aller Art können jedes für sich allein oder in verschiedenen Verbindungen zum Befolgen von Normen und somit zu einer Macht des Normsetzers führen. Die physische Macht kann mit der geistigen in enge Verbindung treten, indem die freiwillige Befolgung der Normen seitens der Einen gewöhnlich die erfolgreichste Unterlage der physischen Macht zum Zwange gegen die Anderen bildet. *Weshalb*

---

[1]) Einen derart beschränkten Machtbegriff hat Gierke vor Augen, wenn er die Machttheorie des Rechts eine „grobsinnliche, roh naturalistische Auffassung“ nennt (*Grundbegriffe des Staatsrechts,* 1874, S. 22, 29) und ihr, wie auch Maine und die organische Schule, insbesondere für die Urzeit die Tatsache des unbewußten organischen Wachstums entgegenhält. Es wird dabei übersehen, daß dieses unbewußte Wachstum sehr wohl zu einer Macht führen kann. Solange nur ein Faktisches da ist, ist eben noch kein Recht vorhanden. Sobald die „normative Kraft des Faktischen“ jedoch ihr Werk vollbracht hat, ist mit jedem Begriff einer heteronomen Norm auch der Begriff einer Macht gesetzt, die die Befolgung ihrer Normen verlangt.

[2]) Vgl. Wundt, *Logik,* II², S. 599; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* 2. Aufl., S. 330/31 führt „die normative Kraft des Faktischen“ auf die nicht weiter ableitbare Eigenschaft unserer Natur zurück, da das bereits Geübte physiologisch und psychologisch leichter wiederholt werden kann als das Neue.

die Normen irgend einer Autorität in der Regel befolgt werden, darf mit der Tatsache, *daß* sie es werden, nicht verwechselt werden. Für den Begriff der Rechtsmacht ist aber nur diese Tatsache erheblich.[1])

Es ist dabei auch nicht zu vergessen, daß die Rechtsmacht nicht einfach Macht bedeutet, sondern nur eine Macht jener näher umschriebenen Art eine Rechtsmacht ist. Das Recht wird durch unsere Definition also nicht auf Macht schlechthin zurückgeführt, sondern nur auf eine besondere Art von Macht. Um das exemplum tralatitium anzuführen: eine Räuberbande, die die Bewohner einer Gegend terrorisiert, ist zwar eine Macht, aber ihre Anordnungen sind deshalb noch keine Rechtsnormen. Man darf also nicht in der paradoxen Art Lassalles[2]) sagen: „wenn ich einmal die Macht zu etwas habe, so habe ich daß zweite Mal auch schon das Recht dazu".

Noch weniger geht es an, Macht und Recht einfach gleichzusetzen.[3])

Schließlich darf die Definition des Rechts als des Inbegriffs von Normen einer bestimmt gearteten Macht auch nicht mit der Zurückführung des Rechts auf bestimmte Beweggründe ihres Urhebers bei der Normsetzung verwechselt und Machtordnung nicht mit einem Ausbeutesystem der Untergebenen gleichgesetzt werden.[4])

---

[1]) Daß für den Begriff der „Befolgung" einer Norm die zufälligen Übereinstimmungen der Handlungen mit der Norm nicht in Betracht kommen, sondern daß damit eine durch die Norm hervorgebrachte Verursachung gemeint ist, ist schon (§ 33) berührt worden.

[2]) Lassalle, *Zweiter Vortrag über Verfassungswesen*, Reden und Schriften, I. 93—122.

[3]) Vgl. dagegen die scharfen Worte Austins, *Lectures*, I[5], 284, Anm. v.

[4]) Menger, *Neue Staatslehre*, 1903, S. 3: „Alle bisherigen Rechtsordnungen sind in letzter Reihe aus Machtverhältnissen entstanden und haben deshalb (!) immer den Zweck verfolgt, den Nutzen der wenigen Mächtigen auf Kosten der breiten Volksmassen zu fördern". Ähnlich auch die meisten Anarchisten. — Über die ähnliche Lehre der jüngeren Sophisten Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. S. 185/86; die des Sozialismus: Engels, *Ursprung der Familie*, S. 140.

Es darf also Macht nicht mit physischer Macht, Rechtsmacht nicht mit Macht schlechthin, noch weniger Recht mit Macht und auch Machtorordnung nicht mit Ausbeutesystem verwechselt werden.[1])

§ 37. Die Quellen der Rechtsmacht.

Eine Untersuchung der Quellen der Rechtsmacht würde zu einer Untersuchung der sozialen Erscheinungen überhaupt anschwellen.[2]) Wenn wir auf die Zusammenstellung der Be-

---

[1]) Die Bestimmung des Verhältnisses der Begriffe von Recht und Macht können wir auch bei IWAN ILJIN (*Die Begriffe von Recht und Macht.* Versuch einer methodologischen Analyse. Arch. f. syst. Philosophie. XVIII, 1912, S. 63—88, 125—144) nicht als gelungen ansehen, da er zu dem Ergebnis gelangt, daß, weil das Recht eine Norm ist, es mit dem Machtbegriff als einem Seinsbegriff nichts zu tun haben könne. Er verlangt deshalb von der allgemeinen Rechtstheorie eine „normative" Definition des Rechts. Nun ist aber das Problem der Bestimmung von Normarten kein normatives, sondern ein seinswissenschaftliches. Es ist eben der norminhaltliche Gesichtspunkt von seinen Voraussetzungen, mit denen es die juristische Grundlehre zu tun hat, zu unterscheiden.

Vgl. ferner BIERLINGS eingehende Ausführungen über die Machttheorien in seiner *Kritik der juristischen Grundbegriffe,* I, S. 39—52; LASSALLE, *Über Verfassungswesen* und *Zweiter Vortrag über Verfassungswesen* in Reden und Schriften, Bd. I; STINTZING, *Macht und Recht,* 1876; F. v. TESSEN-WESIERSKI, *Der Autoritätsbegriff in den Hauptphasen seiner historischen Entwicklung,* 1907; GERBER, *Grundzüge,* 1869. S. 19, 30; JHERING, *Zweck im Recht,* I[4], 182, 194—197, 240—242; JELLINEK, *Allgem. Staatsl.* 2. Aufl. 185—190 und 413 ff.; WINDSCHEID, *Lehrb. des Pandektenrechts,* I[9], 155 ff.; v. WIESER, *Recht und Macht,* 1910; Ad. MERKEL, *Recht und Macht* (Gesamm. Abh. I, 400 ff.); GIERKE, *Althusius,* 317 ff.; BEROLZHEIMER, *System,* III, 5—8, 41—44; A. HEILINGER, *Recht und Macht,* 1890.

[2]) F. KLEIN, *Die psychischen Faktoren des Rechtsgehorsams,* S. 66: „Der Rechtsgehorsam ist mit allen Faktoren der Gesellschaftskultur und des Staatslebens in engem geistigen Zusammenhange, und das gibt ihm seine unerschöpflichen Nuancen". JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre,* 2. Aufl., S. 69-120: „Die Beziehungen der Staatslehre zur Gesamtheit der Wissenschaften". AUSTIN, *Lectures,* I[5], S. 294; BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence,* II, 1—43: „Obedience"; BROWN, *The Austinian Theory,* 201—203; STAMMLER, *Recht und Wirtschaft,* 1. Aufl., S. 324—329; SIMMEL, *Soziologie der Über- und Unterordnung,* Arch. f. Sozialwiss. und Sozialpol., N. F., VI., 1907, S. 477—546; LEOPOLDS *Prestige,* 1916, schildert das allerfeinste Gewebe sozialer Macht; I. G. FRAZER, *Psyches Task,* A

dingungen der sozialen Entwicklung bei H. Spencer[1]) einen Blick werfen, so zeigt es sich alsbald, daß wir sie kaum erheblich vermindern könnten, wenn wir uns darauf beschränken wollten, was davon für die Begründung einer Rechtsmacht von Bedeutung ist. Klima, Erdoberfläche, Pflanzen- und Tierwelt, physische und psychische, und zwar sowohl Verstandes- als auch Gefühls- Eigenschaften der Menschen, der Umfang und die Dichtigkeit einer Gesellschaft, der Einfluß umgebender Gesellschaften, die technischen Kulturgüter, Sprache, Wissenschaft, Kunst, Glauben, Sitten und hundert andere Umstände können alle bei der Entstehung einer Rechtsmacht ihr Anteil haben. Einige herausgegriffene Beispiele können das leicht veranschaulichen. Wie schwer unnahbare Bergstämme zu erobern sind, ist allbekannt. „Die Bewohner von Wüsten, ebenso wie von bergigen Gegenden sind schwer in feste Verbände überzuleiten; die Leichtigkeit des Entkommens, verbunden mit der Fähigkeit, in unfruchtbaren Gegenden zu leben, verhindert bedeutend den sozialen Zusammenschluß. Umgekehrt kommt dieser leicht zustande innerhalb eines Landgebietes, das neben der Fähigkeit, eine große Bevölkerung zu ernähren, Mittel darbietet, die Einheiten dieser Bevölkerung zusammenzuhalten, namentlich, wenn ein solches Gebiet von Gegenden umgeben ist, die nur geringe Mittel zur Erhaltung des Lebens gewähren, oder von Feinden bevölkert sind, oder wenn gar beides der Fall ist. Ägypten zeigte diese Bedingungen in hohem Maße. Die Staatsmacht fand innerhalb des eroberten Gebietes keine natürlichen Schranken, während die Flucht in die umgebenden Wüsten entweder Hungertod oder Sklavenlos bedeutete. Ebenso sind diese Be-

---

discourse concerning the influence of superstition on the growth of institutions. 1913; Tarde, *Les lois de l'imitation* (bes. S. 84, 87/88, 94/95 der 6. Aufl.) Andeutungen auch in der Inaugurationsrede A. Menzels: *Zur Psychologie des Staates*. 1915. Der Vorwurf Maines, *Lectures on Early History of Institutions*. 6. Aufl., S. 361—363 und 380 ff., daß die Austinsche Auffassung der Rechtsmacht bloß auf den physischen Zwang abgestellt sei, beruht auf einem Irrtum, den Lightwood, *The Nature of positive Law*. S. VIII und 73 ff. von ihm übernimmt und zur Grundlage seines Werkes macht.

[1]) Spencer, *Principles of Sociology*. I, 1904, S. 8—15.

dingungen auf kleinen von der See umgebenen Gebieten, wie auf den Sandwichinseln, auf Tahiti, Tonga, Samoa, gegeben, wo statt einer Sandwüste eine Wüste von Wasser ein Hindernis der Flucht ist. Wenn geologische und geographische Eigenheiten des bewohnten Landes eine soziale Beständigkeit oder Veränderlichkeit, eine Passivität oder Aktivität der Menschen herbeiführen, so sind das auch wieder Umstände, die auf Macht und Gehorsam nicht ohne Einfluß sind. Ebenso sind diese letzteren in hohem Maße davon abhängig, ob die Bevölkerung einer Gesellschaft nomadisch oder seßhaft, Ackerbau oder Industrie treibend ist, was doch wieder nur ein Ergebnis des Zusammenwirkens aller übrigen Bedingungen ist."

Da nun Macht und Gehorsam ein Verhältnis von Menschen zu Menschen ausdrücken, so werden sowohl die äußeren wie die inneren Quellen und sowohl die primären als die sekundären für unseren Gesichtspunkt besonders auch noch durch die Verschiedenheit bedeutsam, die wieder Verschiedenheiten des genannten Verhältnisses mit sich führt. Verschiedenheit der äußeren Lebensbedingungen führt zu Verschiedenheiten der sozialen Erscheinungen. Dies gilt aber nicht nur für ganze Gesellschaften, sondern auch für deren einzelne Teile. Es entstehen dadurch Gruppen mit verschiedener Lebenshaltung, verschiedenem Wohlstand, verschiedenen Beschäftigungen; es entsteht Reichtum und Armut, Überfluß und Mangel an Hülfsmitteln aller Art und, dadurch bedingt, Abhängigkeitsverhältnisse aller Art.

Dabei war von psychischen Tatsachen noch gar nicht die Rede. Wenn wir uns nun zu diesen wenden, um einen wenn auch noch so flüchtigen Begriff von den geistigen Bedingungen von Macht und Gehorsam zu gewinnen, so finden wir uns wieder einer neuen überwältigenden Menge von Umständen und ihren Wirkungen gegenüber. In einer entwickelteren Gesellschaft ist ihre Mannigfaltigkeit gar nicht zu erfassen. Die relative Einfachheit der primitiveren gestattet uns noch eher einen Überblick. Schon bei den allerprimitivsten sehen wir, wie Unterschiede des Alters, des Geschlechts und der Fähigkeiten zu Quellen von Macht werden. Stärkere,

geschicktere, schlauere, redegewandtere, rascher entschlossene Genossen werden zu zeitweiligen Anführern und durch ständige Kriege zu ständigen Häuptlingen. Die Gewohnheit, ihnen zu folgen, vergrößert ihr Ansehen. Sowohl diese Eigenschaften wie die Tatsache ihrer Führerschaft kann zu wirtschaftlichen Vorteilen führen, deren Wirkungen ihre Macht wieder vergrößern. Aber schon in den primitivsten sozialen Gebilden finden wir eine weitergehende Verwicklung der für uns in Betracht kommenden Umstände. Der Geisterglaube läßt die Toten weiterwirken und die Machtunterschiede der Lebenden mit dem Tode nicht untergehen. Der Glaube entsteht und wird zu einer furchtbaren Kraft. Wird mittels des Vehikels des Glaubens, dessen Inhalt wieder unübersehlich ist, jene übermenschliche Kraft den Geboten irgend welcher Menschen (Verwandter, Nachfolger, Priester) zugeführt, so ist eine Quelle von Macht und Gehorsam erschlossen, aus der mit der Zeit ein neues Meer hieher gehöriger Tatsachen hervorquillt.

Die verschiedene Strammheit einer Gesellschaft gegenüber einer anderen, die verschiedene Dichtigkeit und die verschiedene Zahl ihrer Mitglieder führen nebst Unterschieden primärer Art, wie Körperkraft und Geisteskraft, Heldenmut usw., zu Überlegenheit und Unterjochung. An die primären sozialen Unterschiede reihen sich nun diese sekundären, tertiären usw. Mit einem Worte: alles, was zu einer sozialen Verschiedenheit und zu einem bestimmten Verhältnisse der verschiedenen Bestandteile einer Gesellschaft führt, wird damit auch zu einer Quelle von Macht. Physische, anthropologische, statistische Verhältnisse, Klassenunterschiede, Verhältnisse der Zahl, der Kraft, des Wissens, der Tugenden und der Laster, des Glaubens oder des Unglaubens verweben sich in jeder Gesellschaft zu einem dichten Gewebe von Prestige und Autorität, von freudiger Ergebenheit und stöhnendem Gehorsam, von unbewußt-gewohnheitsmäßiger Hingebung und bewußt-rationeller Unterordnung, von Machtgefühl und von Machtgelüsten. — Doch diese verwickelten Fäden verfolgen hieße ein vollständiges System einer Soziologie ausführen.

§ 38. Ethische Überzeugungen der Untergebenen als Quellen der Rechtsmacht.

Unter den verschiedenen Ursachen, die eine Rechtsmacht hervorbringen können, spielen die ethischen Überzeugungen und Gefühle der Untergebenen eine bedeutende Rolle. Sowohl in dem Sinne, daß sie formal die Tatsache der Befolgung der Normen jener Macht gutheißen, als auch inhaltlich, falls sie die betreffenden Vorschriften selbst als richtige empfinden.

Man kann nicht einfach sagen, daß in solchen Fällen eigentlich nur die betreffenden ethischen Normen befolgt würden, die Befolgung der Rechtsnormen aber nur zufällig dadurch zustande käme, daß sie mit den befolgten ethischen gleichlautend sind.[1]) Die Befolgung der betreffenden Normen kann immerhin durch ihre Setzung seitens der Rechtsmacht mitverursacht sein, wenn auch ihre Übereinstimmung mit den ethischen Überzeugungen der Adressaten ein hervorragender Grund ihrer Befolgung ist.

Die ethische Billigung der Rechtsnormen seitens der Untergebenen, sowohl die formale als die inhaltliche, pflegt ein äußerst wirksames Motiv ihrer Befolgung abzugeben; wie anderseits ihre ethische Mißbilligung und zwar wiederum sowohl die formale als die inhältliche, leicht zu einem Hindernisse ihrer Durchsetzung werden kann. Diese Mißbilligung ist jedoch kein unbedingtes Hindernis ihrer Befolgung. Auch eine mißbilligte Norm kann befolgt werden. Andere Motive können sich als stärkere erweisen. Es kann die Überzeugung der Unrichtigkeit einer bestehenden Herrschaft unter ihren Untergebenen weitverbreitet sein, ohne daß sich damit auch die Überzeugung von dem Erfolg einer Erhebung oder die hiezu notwendige Energie vorfände. Die ethische Mißbilligung von Normen kann aber ein Maß erreichen, das selbst ihre zwangweise Durchsetzung zur Unmöglichkeit macht. Ku Hu-Ming,[2]) berichtet, daß in

[1]) Vgl. oben, § 33 die Bemerkungen über die Unterscheidung Kelsens zwischen subjektiver und objektiver Befolgung einer Norm.

[2]) Ku Hu-Ming, *Chinas Verteidigung gegen europäische Ideen*, 1911, S. 69, Anm.

China „dem Gesetz nach der Kreisbeamte dem Volke gegenüber ein absoluter Herrscher ist. Aber wenn er die moralische Konstitution verletzt, wird ihm sehr bald sein Amtsgebäude über dem Kopf eingerissen. Dem Gesetz nach ist auch der Kaiser absolut, aber wenn er die moralische Konstitution bricht, so entsteht Aufruhr, und er verliert den Thron". Es kann sich also die Rechtsmacht so sehr auf diese moralische Hilfe stützen, daß sie ohne diese aufhörte, die höchste zu sein.

Falls eine Rechtsmacht derart beschaffen ist, daß sie nur durch die ethische Billigung der Untergebenen als solche bestehen kann, ist damit ein komplizierter Bau dieser Macht selbst gegeben, indem dadurch die derart maßgebenden Untergebenen eigentlich gewissermaßen mit zur Rechtsmacht gehören. So falsch es ist, die Befolgungstheorie an und für sich als eine der Volkssouveränität ähnliche aufzufassen,[1]) so richtig ist es, daß die bloß durch die Billigung der Untergebenen gesicherte Befolgung der Rechtsnormen einen derartigen Anstrich hat.

§ 39. Die illegitime Rechtsentstehung.

Unter den ethischen Überzeugungen der Untergebenen, die ein wirksames Motiv ihrer Normbefolgung zu bilden pflegen, kann auch die Überzeugung eine bedeutende Rolle spielen, daß die Rechtsnormen auch von der Rechtsmacht beobachtet werden sollen, und daß namentlich, insofern es darüber Bestimmungen gibt, von wem und auf welche Art Rechtsnormen geschaffen werden sollen, die Untergebenen nur zur Befolgung solcher Rechtsnormen verpflichtet seien, die in Beachtung dieser Vorschriften entstanden sind.

Wir pflegen Rechtsnormen, die in Beachtung von Rechtsvorschriften über die Rechtssetzung zustande gekommen sind, als rechtmäßige oder legitime, solche aber, die im Widerspruch zu derartigen Rechtsnormen entstanden sind, als rechtswidrige oder illegitime zu bezeichnen. Das illegitime Recht ist also ein durch Rechtsbruch entstandenes Recht.

---

[1]) s. oben § 33.

Es ist eine für das Wesen des Rechts bezeichnende Tatsache, daß auch eine widerrechlich entstandene Norm eine Rechtsnorm sein kann, daß sich mit anderen Worten die Bedingung seines rechtmäßigen Zustandekommens in den Begriff des Rechts nicht aufnehmen läßt.[1]) Daß dies unmöglich sein muß, geht schon daraus hervor, daß jeder Versuch, das Recht durch das Recht zu stützen, den gesuchten Begriff des Rechts in seiner Definition als bekannt voraussetzen würde[2]) — ganz abgesehen davon, daß ja Recht auch unter Umständen zustande kommen kann, für die es noch keine vorhergehenden Rechtsvorschriften gibt.[3])

Die Illegitimität eines Rechtes kann erstens darin bestehen, daß es anstatt der bisherigen und vom alten Rechte als solche bezeichneten Rechtsmacht von einer neuen herrührt. Die Illegitimität kann also zunächst in der illegitimen Änderung der rechtsetzenden Macht bestehen. Die Existenz einer solchen ist eine soziale Tatsache, die durch die verschiedensten Umstände bewirkt sein kann. Die Angabe des alten Rechts ist diesbezüglich unmaßgeblich. War ja auch das alte Recht nicht deshalb Recht, weil es von einem in ihm selbst oder in einem noch älteren Recht bezeichneten Urheber herkam, sondern deshalb, weil dieser tatsächlich die höchste Macht besaß. Verleiht z. B. der Herrscher einer absoluten Monarchie seinen Untertanen eine Verfassung, so ist diese auf legitime Weise zustandegekommen, wird sie hingegen auf dem Wege einer Revolution eingeführt, so ist das illegitim. Ebenso kann sich eine Monarchie auf dem normalen Wege der Gesetzgebung, also mit Zustimmung des Herrschers, legitim, oder ohne diese, illegitim, in eine Republik verwandeln.

Je nach den obwaltenden Umständen der illegitimen Änderung der Rechtsmacht pflegen wir von Eroberung, Annexion, Usurpation, Revolution oder Staatsstreich zu sprechen.

---

[1]) Anders z. B. Lasson, *System der Rechtsphilosophie,* S. 417: „Recht kann nur produziert werden in einer rechtmäßigen, d. h. durch schon vorhandenes Recht bestimmten Weise".

[2]) Stammler, *Wirtschaft und Recht,* 1. Aufl., S. 492/93.

[3]) Siehe die lehrreichen Ausführungen Austins, *Lectures,* I[5], 191/92 über den Mangel einer Ordnung der Thronfolge der römischen Cäsaren.

Die Illegitimität eines Rechts kann aber zweitens auch darin bestehen, daß der dem bestehenden Recht gemäße Machthaber bei der Rechtssetzung die entsprechenden Vorschriften außer acht läßt. Er kann damit stillschweigend zugleich das also verletzte Recht ganz aufgehoben haben oder er konnte damit nur eine Ausnahme für den einen Fall wollen und die verletzte Norm weiterbestehen lassen.

Streng genommen ist es ein Fall illegitimer Rechtssetzung, wenn ein als unveränderlich bezeichnetes Gesetz (lex in perpetuum valitura) durch den rechtmäßigen Machthaber in ansonst ganz rechtsgemäßer Weise aufgehoben wird.

Das Recht ist also nicht an die Legitimität seiner Entstehung gebunden. Seine Vorschriften über die Rechtsentstehung haben nicht mehr Kraft als seine Vorschriften irgend welchen anderen Inhalts. Sie mögen wichtiger oder bezeichnender sein, aber ihre Rechtskraft oder ihre Rechtsnatur ist keine andere, denn diesbezüglich gibt es keine Verschiedenheiten.[1])

§ 40. Grenzen der illegitimen Rechtsentstehung.

Sobald jedoch die Forderung der Legitimität des Rechtes unter den Untergebenen dermaßen erstarkt, daß die Befolgung der illegitimen Normen in Frage gestellt ist, erreicht die Rechtsentstehung durch Rechtsbruch ihre Grenze. Die Überzeugung von der Unerläßlichkeit der Legitimität der Rechtssätze gehört unter solchen Umständen mit zu den Quellen,

---

[1]) Vgl. Bismarck, *Gedanken und Erinnerungen,* 1905, I, 198/99: „Wie viele Existenzen gibt es noch in der heutigen politischen Welt, die nicht in revolutionärem Boden wurzeln? Spanien, Portugal, Brasilien, alle amerikanischen Republiken, Belgien, Holland, die Schweiz, Griechenland, Schweden, das noch heute mit Bewußtsein in der glorious revolution von 1688 fußende England; selbst für das Terrain, welches die heutigen deutschen Fürsten teils Kaiser und Reich, teils ihren Mitständen, den Standesherrn, teils ihren eignen Landständen abgewonnen haben, läßt sich kein vollkommen legitimer Besitztitel nachweisen, und in unserm eignen staatlichen Leben können wir der Benutzung revolutionärer Unterlagen nicht entbehren". Vgl. auch Stammler, *Wirtschaft und Recht,* 1. Aufl., S. 510–514.

aus denen die Rechtsmacht fließt.[1]) Die Verletzung der betreffenden Rechtssätze durch die Rechtsmacht bedeutet sodann eine Verminderung des moralischen Kapitals, auf das sie sich stützt. Die Rechtsmacht, die unter solchen Umständen das Recht verletzt, sägt an dem Ast, auf dem sie sitzt.

Es ist daraus ersichtlich, wie schwierig die Beantwortung der Frage ist, worin die Rechtsmacht einer gegebenen Gesellschaft besteht.[2]) Solange ein Machthaber in einer bestimmten Weise Recht schafft, mag er als Rechtsmacht gelten. Sobald er aber gewisse Überzeugungen verletzt, hört er auf, Rechtsmacht zu sein. Mithin war er es eigentlich auch vorher nicht allein, sondern nur in einer gewissen Verbindung mit denen, deren Überzeugungen er wahren mußte, um Gehorsam zu finden.

Das Recht ist und bleibt also die Kreatur jener bestimmt gearteten Macht. Nicht diese Macht ist durch Paragraphen bestimmt, sondern die Paragraphen sind von dieser Macht bestimmt. Nur ist die Frage, welches diese Macht sei, äußerst verwickelt, und es kann im Gewebe der sozialen Wechselwirkungen das Recht zu einem der Geister werden, die man, wenn man sie rief, nicht so leicht wieder los wird. Ein Herrscher wird eine Verfassung, die zu verleihen er vielleicht gar nicht gezwungen war, nicht immer auch ebenso leicht wieder zurücknehmen können. Es kann unter Umständen leichter sein, eine Verfassung nicht zuzugestehen, als eine zugestandene zu widerrufen. Es ist die umkehrte Chronoslegende von den Kindern, die ihren Vater verzehren.

Die Legitimität ist also kein notwendiges Begriffsmerkmal des Rechtes, sie kann es aber unter Umständen für bestimmte Rechtsverhältnisse werden.[3])

---

[1]) Tezner, *Konventionalregeln und Systemzwang*, Grünhuts Zeitschrift, XLII, 1916, S. 557 erwähnt (nach Laband), „daß sehr bald nach dem Zustandekommen der mit Blut gekitteten deutschen Reichsverfassung Gesetze erlassen wurden, die dem Reichsverfassungsrecht widersprachen, ohne daß sie in der für Verfassungsänderungen vorgeschriebenen Form zustande gekommen wären, und *ohne daß diese Verfassungspreisgebung auch nur die schwächste Erregung hervorgerufen hätte*".

[2]) Näheres hierüber siehe unten § 95.

[3]) Wenn wir dessen eingedenk sind, daß durch die Unerläßlichkeit der Achtung gewisser Überzeugungen der Untergebenen bei der Recht-

Durch diese Auffassung der Illegitimität läßt sich die scheinbare Antinomie der Jurisprudenz auflösen, derzufolge einerseits jede von einer Rechtsmacht gesetzte Norm gleichmäßig gültig ist, es aber anderseits vom besonderen Inhalte einer Rechtsnorm unabhängig feststehen muß, ob eine Norm eine Rechtsnorm ist oder nicht: daher auch eine Rechtsnorm, die sich zu dieser Bestimmung ihres Begiffes in Gegensatz stellte, trotzdem als Rechtsnorm gültig bleiben müßte.[1])

---

setzung eigentlich die Frage berührt ist, in welchen Händen sich die Rechtsmacht befinde, wird die Lehre Austins (*Lectures*, I[5], S. 326—330) verständlich werden, nach der es im streng juristischen Sinne des Wortes keinen Sinn habe, von der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit einer Rechtsmacht zu sprechen. Eine bestehende Rechtsmacht, sagt Austin, sei weder legitim noch illegitim, denn das Recht ist immer Norm der gegenwärtigen Rechtsmacht, und eine Norm einer vorherigen Rechtsmacht, die von der gegenwärtigen nicht aufrechtgehalten wird, war nur eine Rechtsnorm, ist es aber nicht mehr. Die Rechtmäßigkeit einer Rechtsmacht könnte mithin immer nur nach ihren eigenen Normen gemessen werden. (Ähnlich auch Seydel, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*. 1873, S. 9, 14.) Ja, Austins blendende Logik geht noch weiter, und stellt sogar den Satz auf, daß eine beseitigte Rechtsmacht notwendigerweise unrechtmäßig ist, da ihre Herstellung dem geltenden Recht zuwiderläuft (a. a. O., S. 328). Dieser Gedankengang ist ganz folgerichtig und von dem im Texte ausgeführten eigentlich nur dem Ausdruck nach verschieden. Da jedoch die diesbezüglich maßgebenden Umstände nicht immer als vollendete Tatsachen vorliegen, da fortwährende Schwankungen in der Zusammensetzung der Rechtsmacht einer gegebenen Gesellschaft beobachtet werden können, jedoch ohne für die Frage, was Rechtens ist, Bedeutung zu haben, weil diesbezüglich nur die beständigeren Tatsachen maßgebend sind, so empfiehlt sich die im Texte vorgezogene Ausdrucksweise mehr.

[1]) v. Verdross, *Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers*. Separatabdruck aus den „Juristischen Blättern“, 1916, S. 5, lehrt sehr richtig: „Enthält eine positive Rechtsordnung eines Staates eine verfassungsmäßige Rechtsnorm, die es dem Gesetzgeber verwehrt, über eine rechtliche Bestimmung zu verfügen, sei es dadurch, daß sie diesen Satz für unabänderlich erklärt, sei es, daß sie die Zustimmung noch eines weiteren Faktors zur Änderung erheischt, so ist auch diese Norm als integrierender Bestandteil des positiven Rechtes hinzunehmen. An der Gültigkeit und Verbindlichkeit dieser Norm darf ebensowenig wie an der Rechtsbeständigkeit irgendeiner anderen verfassungsmäßig gegebenen gedeutelt werden. Nur ihr Sinn darf geprüft und ihre Tragweite ermittelt werden“. v. Verdross bemerkt ebenfalls sehr treffend:

Drittes Kapitel.

Der Doppelsinn des Wortes Recht.

§ 41. Recht im juristischen und im ethischen Sinn.

Auf eine doppelte Bedeutung des Wortes Recht haben wir bereits hingewiesen,[1]) indem wir gezeigt haben, daß sowohl die einzelnen Rechtsnormen, wie auch die Vielheiten von Rechtsnormen, die von *einer* Rechtsmacht herrühren, also die Rechtsordnungen, Recht genannt werden. Zu diesen Bedeutungen des Wortes kommt jedoch noch eine dritte hinzu, die sich den beiden gleichermaßen gegenüberstellt und die der Rechtswissenschaft geradezu verhängnisvoll geworden ist.

Sagen wir von jemandem: es geschieht ihm schon *recht*, oder: er hat *recht*, so meinen wir damit ganz etwas anderes, als wenn wir ein Urteil *rechts*kräftig nennen oder sagen, das *Recht* fordere in gewissen Prozessen die Vertretung der Parteien durch Anwälte. Wenn wir von einem *Rechts*satze sagen, seine Anwendung führe zu einem *Unrecht*, so sind diese beiden Bedeutungen des Wortes in aller Schärfe einander gegenübergestellt. Heißt es von jemandem, er sei in seinem *Rechte*, so wissen wir vorerst noch gar nichts darüber, welches Recht damit gemeint ist. Das geht erst aus dem Zusammenhang

---

„Das ist aber eine gewöhnliche Auslegungsfrage, die nicht allgemein, sondern nur je an der Hand einer bestimmten Rechtsordnung beantwortet werden kann“. „Ergibt nun die Auslegung, daß sich der Rechtssatz als unabänderlich erklärt, daß er nach der Bestimmung der Rechtsnorm vom Gesetzgeber unberührt bleiben soll, so darf der positive Jurist diesen Satz nicht aus metarechtlichen Gründen aus der Rechtsordnung hinausschieben ... Denn es ist ihm verwehrt, den Rechtsstoff durch sein metarechtliches Prinzip zu korrigieren.“

Es wäre zur Ergänzung der v. Verdrossschen Ausführungen nur noch zu betonen, daß eine derartige Auslegung eines Rechtsinhaltes nicht ohne eine vorhergehende Lösung der Frage möglich ist, welche die auszulegenden Normen sind, was also eine Rechtsordnung ist, daß aber die Lösung dieser Frage nicht wieder aus dem Rechtsinhalte heraus geschehen kann.

[1]) Oben § 30.

hervor, in den dieser Satz gestellt ist.[1]) Mit der einen dieser Bedeutungen des Wortes ist der absolute Richtigkeitsanspruch einer ethischen Norm gemeint, in dem anderen Sinne ist dagegen nur von einer bestimmt gearteten heteronomen Norm die Rede. Das Bewußtsein, recht gehandelt zu haben, bezieht sich auf den ethischen Gehalt der Handlung, wer hingegen bloß *sein Recht* unerbittlich fordert, kann dabei allenfalls ein Unrecht im ethischen Sinne des Wortes begehen.[2]) Diese Zweideutigkeit des Wortes ist das Überbleibsel einer einstmaligen noch viel größeren Ununterschiedenheit. So haben wir nach Jhering[3]) im griechischen *δίκη*, das unserem deutschen „Art und Weise" entspricht und von der Wurzel *dic* (= zeigen, griech. *δείκνυμι,* lat. *dicere,* got. *zeigom*) stammt, noch die ununterschiedene Bezeichnung der gesellschaftlichen Ordnung überhaupt vor uns. „Die ganze Ordnung des Lebens: Sitte, Sittlichkeit, Recht, alles ist *δίκη*. Wer sie beachtet, ist *δίκαιος*, wer sie mißachtet, *ἄδικος*, ohne daß dabei die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzes, der Moral und des Anstandes unterschieden würden. *Δίκαιος* ist der Mann, wie er sein soll, der etwas auf sich hält, *ἄδικος*, sein Widerspiel, gleichmäßig der Verächter des Gesetzes, wie der Gottlose, der Böse, Freche

[1]) Juris vocabulum valde est ambiguum lehrte schon Pufendorf, *De jure naturali et gentium,* lib. I, cap. I, § XX. — Vgl. auch Austin, *Lectures,* I[5], S. 285, Anm.; Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie,* S. 43—47 u. 234; Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe,* I, 164—166.

[2]) Die Mehrdeutigkeit des Wortes Recht spiegelt sich in den verschiedenen Bedeutungen von Unrecht wider. Vgl. über diese Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit,* I, S. 304/05 sowie die dort angegebene Literatur. — Ein ähnlicher Doppelsinn kommt auch dem Worte Willkür zu. Nach Eisler, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe,* III[3], bedeutet Willkür „das gesetzlos-individuelle, prinzipienlose, unmethodische Wollen und Handeln". Nach Ihering, *Zweck im Recht,* I[4], S. 280—282, ist Willkür „das Unrecht des Vorgesetzten, der die Macht für sich hat". Da die Willkür sowohl die Verletzung des moralischen wie des juristischen Gesetzes bedeutet, gibt es sowohl eine moralische wie eine juristische Bedeutung von Willkür. Der Willkürbegriff Stammlers, der Begriff einer Norm, an die der Normsetzer selbst nicht gebunden sein will, ist mehr auf das Ethische gerichtet. Siehe darüber unten. § 50.

[3]) Ihering, *Der Zweck im Recht,* II[4], S. 40 41.

und Schamlose. Selbstverständlich ist damit nicht gemeint, daß die Griechen, die so wenig wie ein anderes Kulturvolk des Gesetzes entbehren konnten, nicht auch den Begriff desselben richtig erfaßt hätten, sie unterscheiden sogar das göttliche und menschliche (*ϑέμις* und *νόμος*). Sondern was den Ausschlag gibt, besteht darin, *daß sie jenen unbestimmten allgemeinen Begriff von δίκη dauernd beibehalten haben, und daß sie ihn selbst zur Bezeichnung dessen,* was dem Gesetz gemäß ist (*τὸ δίκαιον*) oder ihm widerspricht (*τὸ ἄδικον*), nicht entbehren können."

„Daß jene mangelnde Unterscheidung der verschiedenen Seiten *des Sittlichen*" — wie es Jhering ebenfalls ununterschieden nennt — „nicht etwas national Griechisches ist, was bei dem philosophisch so eminent beanlagten griechischen Volk am wenigsten zu glauben wäre, sondern daß sie nur ein der niederen Entwicklungsstufe angehöriger Zug ist, ergibt der Vergleich mit andern Völkern, z. B. dem jüdischen. Wie das griechische *δίκη,* so bezeichnet auch das hebräische *Mischpat* gleichmäßig Recht, Sitte, Sittlichkeit, nur daß *Mischpat* nicht den Willen des Volkes, sondern Gottes hinter sich hat. Alles ist *Mischpat*: das Ritualgesetz sowohl, welches unserer „Sitte" entspricht, wie die zehn Gebote, in denen Moral und Recht noch ununterschieden nebeneinander liegen. Ganz dasselbe gilt vom *dhárma* der Inder." Und ganz dasselbe hätte Jhering vom *tabu* verschiedener Naturvölker feststellen können.[1])

„In Rom" — fährt Jhering fort — „bei dem Volke des Rechts, reißt sich das Recht von Sitte und Moral los, und innerhalb des Rechts selber vollzieht sich eine Scheidung, die zwar den Griechen theoretisch bereits bekannt, von ihnen aber nicht praktisch durchgeführt worden war: die zwischen dem göttlichen und dem menschlichen Recht (*fas* und *jus*) mit äußerster Klarheit und vollständigster Durchführung, indem für beide Zweige nicht bloß eigentümliche, streng geschiedene Grundsätze aufgestellt werden, man kann sagen: zwei selbständige Systeme des Rechts, sondern besondere Behörden eingesetzt werden, denen die Pflege und Handhabung derselben anvertraut ist." „Da-

---

[1]) Vgl. Kohler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie,* 1910, S. 44, 83.

gegen bleiben Sitte und Moral sprachlich in ungetrennter Gemeinschaft; die lateinische Sprache hat es nicht zu einem Ausdruck gebracht, der ausschließlich die eine von beiden träfe, sie ist genötigt, sich für beide Begriffe desselben Ausdrucks zu bedienen: *mos*, mores. Ja sie benutzt denselben sogar auch für das Gewohnheitsrecht. *Die sprachlich mangelnde Ausprägung des letzten Begriffs ist noch der letzte wahrnehmbare Rest der uranfänglichen Auffassung, welche alle Seiten des Sittlichen zur Einheit des Begriffs zusammenfaßte, ein fossiles Stück aus der Urzeit.*"

„Unsere deutsche Sprache" — schließt Jhering, — „hat das letzte noch fehlende Glied aus der Gemeinschaft ausgelöst und dasselbe mit einer Klarheit und Bestimmtheit ausgeprägt, die jede Verwechslung ausschließt. Die Sitte ist hier zum ersten Male sprachlich nicht bloß abgehoben vom Sittlichen, sondern in ihrer Eigenart aufs schärfste individualisiert und charakterisiert."

Wir ersehen aus dieser Darstellung, wie die sprachliche Bezeichnung der Verzweigung der sozialen Normen langsam und schwerfällig nachhumpelt.[1])

Ihering lobt nun an der deutschen Sprache, daß sie uns endlich eine Scheidung von Sitte und Sittlichkeit gebracht hat; wir können ihr hingegen den Vorwurf nicht ersparen, daß sie uns im Worte Recht (und recht) noch immer einen dem griechischen *δίκη* und dem lateinischen *mores* ähnlichen

---

[1]) Vgl. auch die ethymologischen Angaben bei Clark, *Practical jurisprudence*, 1883, S. 16—94 und insbesondere die Zusammenfassung S. 90/91: „In the definitions of law furnished by those early names for it, which I have been examining, different conceptions of law present themselves not only in different nations but in the same. The nearest approximation to a uniform or pervading idea is certainly not so much that of enactment, position and command, as of *antiquity, general approval* and *usage*: when an original notion of ordinance does appear, it is not human but divin. That which is fitting, orderly or regular; that which is observed that wich is from everlasting — these are the earliest ideas of law which we can find in the language of the Romans, the Goths, and the Anglo-Saxons or early English".

Also mit anderen Worten: Es besteht bloß ein Gemeinbegriff der Norm, nicht aber die besonderen Begriffe verschiedener Normen, die wir gegenwärtig besitzen.

Nachklang der gemeinsamen Bezeichnung von Religion, Recht, Sitte und Sittlichkeit aufbewahrt hat. Zeigt uns ja selbst der Sprachgebrauch Jherings auch in den gerade angeführten Stellen noch so manches „fossile Stück aus der Urzeit“ — wie er es nennt —, indem er von Sittlichkeit, Sitte und Recht als den verschiedenen Seiten *des Sittlichen* oder vom göttlichen und vom menschlichen *Recht*, als zwei Systemen „des Rechts“ spricht.

Zu diesen Überbleibseln eines nicht genügend unterscheidenden Sprachgebrauches gehört auch die Doppeldeutigkeit des Wortes „Recht“ in den modernen Sprachen, in der es sich aus jener alle Ordnung umfassenden Bedeutung, die zugleich auch göttliches und sittliches Gebot war, sprachlich noch nicht genügend herausgelöst hat.

§ 42. Irrtümliche Folgen dieses Doppelsinns.

„Aus der Konfusion der Worte entsteht aber“ — wie Bergbohm bemerkt — „die Anarchie der Gedanken.“

Der zweite, ethische, eine absolute Richtigkeit bedeutende Sinn des Wortes Recht ist die Ursache dessen, daß man sich mit einer Definition des Rechts, die auf den Norminhalt gar nicht eingeht, nicht begnügen zu können meint. Immer wieder fühlt man sich dazu gedrängt, auch noch ein Recht in einem andern, in einem höheren Sinne daneben zu stellen. Recht sei nicht bloß das, was da oder dort, dann und wann, von einem bestimmt gearteten Urheber in historischer Zufälligkeit und grober Willkürlichkeit angeordnet worden ist. Immer wieder lehnt sich unser Rechtsgefühl — in dem das Wort Recht im ethischen Sinne gebraucht ist — dawider auf und bezeugt, daß es auch noch ein anderes Recht gebe.

Die Doppelbedeutung des Wortes wäre jedoch an und für sich für die fortwährende Verwirrung der damit bezeichneten Begriffe noch keine genügende Erklärung. Es hat damit noch die fernere Bewandtnis, daß der Inhalt einer Rechtsnorm (im Sinne der Jurisprudenz), wie wir gesehen haben, häufig der Ausfluß des Rechtsgefühls in des Wortes ethischer Bedeutung ist. Die Rechtsnorm im ersten Sinn entspricht

also häufig dem, was Recht im zweiten Sinne ist. Aus diesem Grunde wird die Doppeldeutigkeit des Wortes Recht so leicht zu einer Zweideutigkeit. Man hat dieser Zweideutigkeit des Wortes Recht dadurch auszuweichen versucht, daß man den einen, den juristischen Sinn von Recht als „positives" Recht bezeichnet hat und ihm das Recht in dem anderen Sinn als ein ideales, seinsollendes oder richtiges Recht gegenübergestellt hat. Indem man aber übersah, daß der letztere Begriff ein moralischer ist und eigentlich nur einen ethischen Maßstab für das Recht bedeutet, kam man durch diese Terminologie gar noch dazu, anzunehmen, es gebe einen *Rechtsbegriff an sich*, der zwei Unterarten, das positive und jenes höhere Recht umfaßt.

Der Gegensatz vom positiven Recht ist nicht das ideale oder das richtige. Dem richtigen steht das unrichtige gegenüber. Das sogen. positive kann aber sowohl richtig als unrichtig sein.

Mit dieser Gepflogenheit hängt auch die fernere zusammen, allerhand Vorschläge zur Schaffung eines Rechts ebenfalls als Recht zu bezeichnen, womit man wieder von dieser Seite her neben dem Begriff eines geltenden noch den eines nicht geltenden Rechts erhält.[1])

Natürlich läßt sich neben einem seienden Rechte auch von einem nur gedachten sprechen, wie wir einen gedachten Menschen ebenfalls einen Menschen nennen. Nur müssen wir, wenn wir von einem gedachten Rechte sprechen, eben alle die Begriffsmerkmale mitdenken, die eine Rechtsnorm ausmachen. Gehört also die Geltung oder die Positivität zum Begriff des Rechts, so müssen wir das gedachte Recht eben als positives denken, damit es Recht sei. Das gedachte Recht ist somit keine Abart des Rechts neben dem positiven, sondern es ist bloß gedachtes oder vorgestelltes positives.

[1]) Für diese Unterscheidung Stammler, *Wirtschaft und Recht*, 1. Aufl., S. 173; vgl. auch S. 72—75: Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, 1907, S. 30. — Dagegen Bergbohm. a. a. O., S. 396 ff.; Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, I, 47: Jellinek. *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 325.

§ 43. Der Begriff des Rechts als Erfahrungsbegriff.

Zum Teil hängt es ebenfalls mit den Irrtümern zusammen, die von der dargelegten Doppelbedeutung des Wortes Recht ihren Ausgangspunkt nehmen, daß man darüber streiten konnte, ob der Begriff des Rechts ein empirischer oder ein philosophischer Begriff sei.[1])

Die ethische Bedeutung von Recht ist nämlich kein empirischer oder Erfahrungsbegriff, sondern gehört den reinen oder philosophischen Begriffen an. Der Rechtsbegriff des Juristen, der die Normen einer bestimmt gearteten Macht bedeutet, ist dagegen ein Erfahrungsbegriff. Es ist allerdings ein Begriff, der nicht mit den Methoden der Jurisprudenz aus dem Inhalt von Rechtsnormen gewonnen werden kann, der mithin zu den Voraussetzungen der Jurisprudenz gehört. Er bedeutet also wohl ein Apriori für die Rechtswissenschaft, aber er bedeutet kein Apriori der Erfahrung gegenüber. Das Recht ist zwar keine juristische Tatsache in dem engeren Sinne des Wortes, in dem darunter etwas aus dem Rechtsinhalte Feststellbares verstanden wird, aber es ist eine soziale Tatsache. Für die Rechtserscheinungen ist diese natürlich schon vorausgesetzt, aber sie ist es noch nicht, wenn wir unseren Ausgangspunkt von sozialen Erscheinungen überhaupt nehmen. Diese gestatten uns, wie wir gesehen haben, eine empirische Einteilung, die uns zum Begriffe des Rechts führt.

Der Rechtsbegriff ist also ein empirischer, nur kein rechtsinhaltlich-empirischer Begriff, er ist ein relatives Apriori der Rechtswissenschaft.

---

[1]) Vgl. Kant, *Metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre,* WW, Akad.-Ausg. VI, 229/230; Reinhold, *Briefe über die Kantische Philosophie,* II, 129; Puchta, *Kursus der Institutionen.* I, § 32; Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie,* S. 78, Anm.; Schuppe, *Der Begriff des Rechts,* in Grünhuts Zeitschr., X, 1883, S. 349 ff.; neuerdings Radbruch. *Grundzüge der Rechtsphilosophie,* S. 33/34; Stammler, *Wirtschaft und Recht,* 1. Aufl., S. 111, 495; Binder, *Rechtsbegriff und Rechtsidee,* 1915, S. 5 ff.; dazu Somló im Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphil. VIII. S. 525—528.

Viertes Kapitel.

Die Hauptarten der Bestimmung des Rechtsbegriffes.

§ 44. Das Naturrecht.

Ein großer Teil der Theorien über den Begriff des Rechts ist durch die nicht gehörig geschiedene Doppelbedeutung des Wortes Recht unmittelbar oder mittelbar beeinflußt. Am unmittelbarsten zeigt sich dieser Einfluß in der Auffassung des Naturrechts. Die bereits zurückgewiesene Zweiteilung in einen formalen oder positiven Rechtsbegriff und einen höheren oder inhaltlich richtigen ist eigentlich die Lehre des Naturrechts.

Während wir den Rechtsbegriff nur formal nach der Eigenart des Urhebers der Rechtsnormen bestimmt haben und dafür eingetreten sind, daß es inhaltliche Merkmale des Rechtes überhaupt nicht gibt, ist es der Naturrechtslehre eigentümlich, neben dem formalen oder positiven Rechtsbegriff auch noch einen inhaltlichen, und zwar einen solchen aufzustellen, der auch noch die Würde seiner absoluten Richtigkeit beansprucht. Eine inhaltliche Bestimmung des Rechtes wäre für sich noch kein Naturrecht. Eine inhaltliche Begriffsbestimmung des Rechts wäre es z. B. auch, wenn man jede Norm, die ein bestimmtes Lebensgebiet regelt, als Rechtsnorm bezeichnete. Dabei wäre aber noch immer Raum für den Unterschied einer richtigen und einer unrichtigen Regelung dieses Lebensgebietes. Unter Naturrecht verstehen wir mithin die Bestimmung des Rechtsbegriffes durch einen als schlechthin, also nicht nach einem übergeordneten Prinzip, als richtig erkannten Norminhalt.[1]) Wenn Bergbohm[2]) als Naturrecht „jede Vorstellung von einem Recht“ bezeichnet, „das von menschlicher Satzung unabhängig ist“, so kommt das schließlich auf dasselbe hinaus, da Normen, die nicht willkürlich-

[1]) Vgl. Cathrein, *Die Grundlagen des Völkerrechts*, Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie. X. 1916. S. 7: „Das Naturrecht besteht wesentlich in einigen von selbst einleuchtenden Vernunftsgrundsätzen oder Vernunftsforderungen samt den notwendig daraus folgenden Konsequenzen“.

[2]) Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, S. 130/31.

zufällig sind, nur allgemeingültig und notwendig sein können. Stammler[1]) bezeichnet das Naturrecht als „ein Recht, das in seinem Inhalte der Natur entspricht". Er geht damit auch auf den besonderen Ursprung dieses Inhalts, auf ein besonderes Prinzip seiner Richtigkeit ein. Doch ist dieses ganz nebensächlich und sein Naturrechtsbegriff folglich zu eng. Auch ein Recht, das seinem Inhalte nach der Vernunft entspricht oder dem geoffenbarten Gotteswillen entspricht, ist Naturrecht. Das ist übrigens auch der von Stammler gemeinte Sinn seiner Definition, da er sofort hinzusetzt: „die Besonderheit des Naturrechts ist in der Beschaffenheit seines Inhaltes zu suchen und nicht in der Art, wie das dorthin gehörige rechtliche Wollen entsteht". Auch hat er im Widerspruch zum Naturrecht des öfteren mit Nachdruck hervorgehoben, „daß es keine einzige Rechtsbestimmung geben kann, die in ihrem bedingten Inhalte unbedingt feststehen würde".[2]) Es ist deshalb nur bedauerlich, daß er dem geistreichelnden Wort von einem „Naturrecht mit wechselndem Inhalte"[3]) Flügel verliehen hat, da er damit gar nichts andres als diejenigen Bestimmungen des positiven Rechts meint, die als richtige anzusehen sind, die also mit Naturrecht gar nichts zu tun haben.

Man könnte der Ansicht sein, daß das Merkmal der Richtigkeit für den Begriff des Naturrechts genüge und nicht auch noch ein inhaltliches Prinzip dazu notwendig sei. Man könnte z. B. auch ein formales Prinzip der Richtigkeit annehmen wollen, wie wenn z. B. die von Gott gesetzten Rechtsnormen als Naturrecht erklärt worden sind. Doch ist eine solche Unterscheidung deshalb unzulässig, weil es sich in diesen Fällen nicht um ein bloß formales Richtigkeitsprinzip handelt, dem noch ein inhaltliches zur Seite stehen könnte, sondern das scheinbar formale Prinzip zugleich die Richtigkeit des Inhaltes gewährleistet.[4])

---

[1]) Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft,* S. 124.

[2]) Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft,* S. 229. Und bereits in *Wirtschaft und Recht,* 1. Aufl., S. 184.

[3]) Stammler, *Wirtschaft und Recht,* 1. Aufl., S. 185.

[4]) Die von Lask, *Rechtsphilosophie,* 1905, S. 5—9 versuchte Unterscheidung eines formalen und eines materiellen Naturrechts ist daher belanglos.

Die Naturrechtstheorie wird gegenwärtig ziemlich allgemein zurückgewiesen. Doch ist die Jurisprudenz noch immer mit verschleierten Naturrechtsauffassungen durchwoben, wie es am eingehendsten Bergbohm[1]) gezeigt hat, dessen Kritik ihre Zeitgemäßheit noch immer nicht verloren hat. Daß das Naturrecht heute, wie Radbruch[2]) behauptet, „nur noch in der Gestalt lebendig ist, in welcher es das klassische Naturrechtszeitalter vorbereitet und so auch überlebt hat: in der katholischen Rechtsphilosophie“, gilt nur in bezug auf das offen und in systematischer Form auftretende Naturrecht.[3])

Diese Hartnäckigkeit des Naturrechtsgedankens ist guten Teils durch die Beibehaltung der naturrechtlichen Bezeichnung „positives Recht“ veranlaßt, die immer wieder die Idee eines nichtpositiven Rechts mit sich schleppt. Es wäre daher angezeigt, mit dem Naturrechtsgedanken auch den Naturrechtsjargon fallen zu lassen und statt immerwährend von einem „positiven Rechte“ zu sprechen, einfach nur Recht zu sagen.[4])[5])

---

[1]) *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892.

[2]) Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, S. 3.

[3]) Die hier über das Naturrecht und den damit gegebenen Doppelsinn des Rechts verfochtene Auffassung wird übrigens neuerdings auch von der katholischen Rechtsphilosophie nicht beanstandet. Vgl. Frhr. v. Hertling, *Kleine Schriften zur Zeitgeschichte und Politik*, 1897, S. 279: „Wer an einer für alle Menschen gültigen sittlichen Ordnung festhält, der mag — wenn auch im Widerspruch mit dem herkömmlichen Sprachgebrauch — der Meinung huldigen, daß der Name *Recht* auf diejenigen Normen menschlichen Gemeinlebens einzuschränken sei, welche durch Gesetz, Rechtsprechung und Gewohnheit festgelegt sind, während das Naturrecht nur einen Ausschnitt aus der Moral bezeichne“. Ähnlich auch van Gestel, *De justitia et lege civili*, 1896, S. 222: „. . . quamvis modus sit loquendi non approbandus, potest tamen interdum ad eorum mentem in meliorem sensu accipi . . . non negant jus, cui lex assistentiam non praebet, posse in foro conscientiae generare officium strictae justitiae“. Zitiert nach Haring, *Der Rechts- und Gesetzesbegriff in der katholischen Ethik und modernen Jurisprudenz*, 1899, S. 111. Siehe auch ebenda S. 107 u. 110, Anm. 4. An dem hergebrachten Naturrechtsstandpunkt der katholischen Rechtsphilosophie hält dagegen auch weiter fest Cathrein, *Die Grundlagen des Völkerrechts*. Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilos., X, 1916, S. 1—14.

[4]) Vgl. A. Merkel, *Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft*, Hinterl. Fragm. u. ges. Abh., II, S. 303; anders Del Vecchio, *Sulla positività come carattere del diritto*, 1911.

[5]) Daß der hier behandelte Naturrechtsbegriff nichts mit dem an-

§ 45. Der Begriff des Rechts als reine Denkkategorie.

Nachwirkungen der Naturrechtstheorie und des Doppelsinnes des Wortes Recht machen sich auch in den Theorien fühlbar, nach denen der juristische Rechtsbegriff nur in Beziehung auf den ethischen definiert werden könnte, wodurch er zu einem überempirischen Begriff erhoben wird. Diese Richtung hat neuerdings in Radbruch und Binder energische Vertreter gefunden.

Radbruch[1]) gelangt zu dem Ergebnis, daß der Begriff des Rechts vom Begriff des richtigen Rechts wohl streng unterschieden und doch nur aus ihm gewinnbar sei. Recht sei

---

deren, besonders bei den römischen Juristen verbreiteten zu tun hat, nach dem darunter die Teile der positiven Rechtsordnungen zu verstehen sind, die angeblich überall vorhanden sind, ist selbstverständlich. Vgl. Austin, *Lectures*, II[5], S. 565, 567—569. — Über den Begriff des Naturrechts vgl. auch Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 1901, S. 123—132; Jodl, *Über das Wesen des Naturrechts und seine Bedeutung in der Gegenwart*, Prager Jurist. Vierteljahrschr., 1893; Bernatziks Anzeige des Bergbohmschen Werkes in Schmollers Jahrbuch, XX, 1896, S. 653 ff.; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 336 ff.; O. Kraus, *Rechtsphilosophie und Jurisprudenz*, Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswiss., XXIII, 1903, S. 763—794; Kohler. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, S. 2; Berolzheimer, *System der Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie*, II, S. 13—17; A. Levi, *Il diritto latente, il diritto in formazione e la filosofia giuridica*, Scuola Positiva, XV, 1905, fasc. III—IV; Liepmann, *Die Rechtsphilosophie des Jean Jacques Rousseau*, 1898, S. 16 bestimmt das Naturrecht als Lehre von den Voraussetzungen und Zielen des Rechts. Das Naturrecht ist jedoch jedenfalls weiter gegangen: es sucht nicht nur Maßstäbe für die Richtigkeit des Rechtes, sondern will selbst die richtigen Rechtssätze ermitteln. Wenn für diese Auffassung, wie Liepmann, a. a. O., S. 41, Anm. 5 geltend macht, Hobbes nicht als Naturrechtslehrer in Betracht kommen könnte, was hier nicht untersucht werden soll, so wäre das doch sicher kein Beweis gegen die Richtigkeit dieser Auffassung. — Haymann, *Naturrecht und positives Recht*, Zeitschr. f. Rechtsphilos., I, 1914, S. 233—252; Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, S. 3—5; Ad. Menzel, *Naturrecht und Soziologie*, 1912, S. 7; Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, S. 311—322; Wolzendorff, *Staatsrecht und Naturrecht*, 1916, S. 463—472. Neuerdings wird das sogen. „freie Recht" als „eine Auferstehung des Naturrechts" bezeichnet. Vgl. Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, S. 10; Jung, *Das Problem des natürlichen Rechts*, 1912; Charmont, *La renaissance du droit naturel*, 1910.

[1]) Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, S. 39 ff.

nämlich alles dasjenige, was richtiges Recht werden kann. RADBRUCH gelangt zu diesem Ergebnis auf dem Wege, daß der Rechtsbegriff keine Naturtatsache, sondern eine Kulturtatsache bezeichnet, eine solche jedoch ein Seinsgebilde ist, das eine Beziehung zu einem Werte hat. RADBRUCH übersieht dabei den Doppelsinn des Wertbegriffes, der neben dem Doppelsinn von Norm oder Sollen[1]) einherläuft. In dem einen Sinn bedeutet Wert nur das absolute Sollen, in einem anderen hingegen jedes Sollen, auch das aus irgend einem Wollen fließende. Das Recht als Kulturtatsache bedeutet jedoch eine Wertbeziehung bereits im letzteren Sinne des Wortes. M. a. W., es darf im Begriffe des Rechts nur auf den Begriff der Norm schlechthin, nicht aber auf den einer Richtigkeitsnorm Bezug genommen werden.[2])

Damit ist es auch bereits widerlegt, daß der Rechtsbegriff — wie RADBRUCH[3]) meint — zu den Kategorien des Denkens gehöre, mit denen das erkennende Bewußtsein an die Gegebenheit herantritt.

In ähnlichen Bahnen bewegt sich auch die Lehre BINDERS,[4])

---

[1]) Siehe oben, § 18.

[2]) RADBRUCH ist demnach einem naheliegenden Irrtum verfallen, vor dem bereits E. LASK, von denselben WINDELBAND-RICKERTschen Gedanken aus, die auch RADBRUCH zum Ausgangspunkt wählt, eindringlich gewarnt hat. „Es gäbe keine verderblichere Verwischung methodologischer Grenzlinien“ — schreibt LASK, *Rechtsphilosophie*, 1905, S. 34 — „als wenn über all den unbezweifelbaren Analogien und Parallelitäten (des Gegensatzes von Sollen und Sein, Normen und Naturgesetzen, normativer und genetischer Betrachtungsweise) anderseits die Vieldeutigkeit des Normbegriffs, die Kluft zwischen seinem philosophischen und empirischen Sinn übersehen würde und dadurch die Jurisprudenz als ‚Normwissenschaft‘ etwa unvermerkt in einen Gegensatz zu den rein empirischen Disziplinen geriete.“ Dieselbe Warnung ist bereits von KANT in der Einleitung (S. XII) seiner *Kritik der Urteilskraft* erhoben worden, indem er es als einen großen Mißbrauch mit Ausdrücken brandmarkt, „das Praktische nach Naturbegriffen mit dem Praktischen nach dem Freiheitsbegriffe für einerlei“ zu nehmen. Vgl. auch SOMLÓ, *Das Wertproblem* in der Ztschr. f. Philos. u. philos. Kritik, Bd. 145 u. 146.

[3]) A. a. O., S. 33 34.

[4]) BINDER, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, 1915, bes. S. 4—8 u. 58—61. Siehe dazu SOMLÓ, *Rechtsbegriff und Rechtsidee* im Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil., Bd. VIII, S. 525—528.

nach welcher es eine Norm des Rechts gäbe, die von derselben Art wäre wie die Normen des Guten, des Wahren und des Schönen und die mit den sogenannten Normen des positiven Rechts nicht das mindeste gemein hätte.[1]) Diese Norm des Rechts wäre nach BINDER eine reine Kategorie, die sich in ähnlicher Weise zur Erkenntnis einer geschichtlichen Besonderheit als einer rechtlichen verhielte, wie die Kategorie der Kausalität eine Erfahrung überhaupt erst ermöglicht.[2])

Danach wäre Recht alles das, „worin die apriorische Norm des Rechts funktioniert“ oder was darauf hinstrebt, richtiges Recht zu sein.

Es ist derselbe Fehler wie bei RADBRUCH. Der Rechtsbegriff ist wohl eine Voraussetzung der Jurisprudenz, jedoch nicht unserer Erfahrung überhaupt. Daraus, daß er bei den Rechtserscheinungen bereits vorausgesetzt ist, folgt nicht, daß er apriorischen Ursprunges ist und nicht empirisch gewonnen werden könnte.

Andeutungen der hier bekämpften Theorie befinden sich auch bei STAMMLER. Zwar lehrt er einerseits, daß „der Begriff des Rechts nicht apriori gefunden werden kann und soll“,[3]) doch zeigen seine diesbezüglichen Äußerungen wieder bedeutende Schwankungen, indem er von einem reinen Rechtsbegriffe spricht und die Behauptung aufstellt, „der Gedanke des Rechts sei in Notwendigkeit mit den letzten Richtungen unseres Bewußtseins gesetzt“.[4]) Auch sieht er alles gesetzte Recht als einen Zwangsversuch an, richtiges Recht zu sein.[5])

Sollen mit den „reinen Rechtsbegriffen“ STAMMLERS tatsächlich, wie BINDER[6]) annimmt, reine Begriffe im Sinne KANTS gemeint sein, so hat BINDER darin jedenfalls recht, daß sie es nicht sind, irrt aber samt STAMMLER in der Annahme, daß es solche Rechtsbegriffe überhaupt geben könne.[7])

---

[1]) A. a. O., S. 7.

[2]) A. a. O., S. 58/59.

[3]) STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, 1. Aufl., S. 495. Vgl. auch S. 111 und *Theorie der Rechtswissenschaft*, S. 46.

[4]) STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, S. 43.

[5]) STAMMLER, *Die Lehre vom richtigen Rechte*, S. 27—32.

[6]) BINDER, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, S. 17 ff., 22—63, 87—107.

[7]) Als einen philosophischen Begriff, der sich „fachwissenschaftlich“ finden lasse, bezeichnet den Rechtsbegriff STERNBERG, *Allgemeine Rechts-*

§ 46. Die einseitigen ethischen Rechtstheorien.

Nicht ohne Zusammenhang mit dem Naturrechtsbegriff eines richtigen Rechts steht auch die große Anzahl der Theorien, die sich immer wieder den Macht- und Befolgungstheorien des Rechts widersetzen, weil sie mit dem Begriffe des Rechts etwas Höheres und Erhabeneres verbinden zu müssen glauben als bloße Vorschriften einer bestimmt gearteten Macht. Einesteils sind diese Widersprüche wohl auch durch eine zu enge, bloß die physische Macht im Auge habende Auffassung von Macht hervorgerufen, anderseits gehen sie aber wieder zu weit, wenn sie das Recht bloß auf seine ethische Billigung seitens der Untergebenen zurückführen wollen und unter Recht nur die von ihren Adressaten gebilligten Normen verstehen. Es ist das der Gedanke, dem ROUSSEAU[1]) die Form verlieh: „Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujour le maître, s'il ne transforme sa force en droit, et l'obéissance en devoir“. Es trifft eben das „jamais“ nicht zu, und es ist wieder derselbe Gedanke, den TALLEYRAND mit seinem oft zitierten Ausspruch im Sinne hatte: „on peut tout faire avec

---

lehre, I², S. 169—171; ähnlich auch LÖWENSTEIN, *Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff,* 1915, S. 1—8; Vgl. DEL VECCHIO, *Die Idee einer vergleichenden universalen Rechtswissenschaft,* Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilos., VII, 1913/14, S. 232; DEL VECCHIO, *J presupposti filosofici della nozione del diritto,* 1905; DEL VECCHIO, *Il concetto del diritto,* 1906. — Es ist in diesem Zusammenhange auch FRITZ MÜNCH, *Kultur und Recht,* Zeitschr. f. Rechtsphilosophie, I, 1914, S. 360 zu erwähnen: „Die faktische gegenseitige Rücksichtnahme ist eine rechtliche erst, wenn und insoweit in ihm sich die Idee des Rechts als eines selbständigen und eigenwertigen Konstitutionsprinzips auslebt und dann auch als solches an ihm zum Bewußtsein kommt“. Danach wäre also nach MÜNCH der Begriff des Rechtes ebenfalls nur in Hinblick auf die Idee des Rechtes zu erfassen. Indem er jedoch auch hervorhebt: „Dieser Eigensinn des Rechts ist ins Bewußtsein zu heben nur an kulturell hoch entwickelten Rechtsobjektivationen“ (a. a. O. S. 360) und indem er ausführt: „Das Recht beginnt als Machtphänomen und vollendet sich als Wertphänomen“ (S. 361), ist damit auch wieder mit zugegeben, daß die Idee seines Wertes nicht zum Begriff des Rechtes gehört, daß es also für das Recht auch einen Gesichtspunkt geben kann, der von einer Bezugnahme auf seine Richtigkeit ganz unabhängig ist.

[1]) ROUSSEAU, *Du contrat social,* Livre I. ch. III.

les bayonnettes excepté s'y asseoir", oder nach der Umschreibung LASSALLES: „man kann wohl momentan alles mit den Bayonetten durchsetzen, man kann sie aber nicht zu einer soliden dauernden Unterlage machen".

Derselbe Gedanke kehrt auch bei JELLINEK[1]) wieder, wenn er den Rechtscharakter gewisser Normen aus der nicht weiter ableitbaren ethischen Überzeugung entspringen läßt, daß wir verpflichtet sind, sie zu befolgen.[2])

Alle diese Theorien übersehen die Tatsachen, die zeigen, daß schließlich auch die bloße äußere Macht Recht schaffen kann, ohne daß die Überzeugung der Untergebenen, die Regelung soll so sein, wie sie ist, hinzukäme. Eine unterdrückte Nation kann eine Rechtsordung als das Gegenteil dessen empfinden, was nach ihrem ethischen Dafürhalten sein sollte. Es kommt schließlich doch nur darauf an, ob sich die betreffende Ordnung durchzusetzen vermag. Der ethischen Überzeugung von ihrer Richtigkeit kann aber im Begriff des Rechtes kein anderer Platz angewiesen werden als der eines Umstandes, der für die Hervorbringung dieses Ergebnisses besonders wichtig ist. Wenn die Legalität auch noch so oft nur auf Grund der Moralität zustande kommen mag, so gibt es doch immerhin auch Legalität ohne Moralität. Wie es diesbezüglich irgendwo steht, bleibt daher eine Tatsachenfrage, die nicht für den Begriff, sondern nur für die Arten des Rechts entscheidend ist.

---

[1]) JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre,* 2. Aufl., S. 325—334.

[2]) In Übertreibung der Bedeutung dieser einen möglichen Grundlage der Macht lehrt DUGUIT, *Les transformations du droit public,* S. 45, „Ce qui fait le droit, c'est la croyance, pénétrant profondément la masse des hommes, à une époque et dans un pays donnée, que telle règle est impérative, que telle charge doit être accomplie", und des Näheren, indem er *(L' état, le droit objectif et la loi subjective,* 1901, S. 102) jede Verhaltungsmaßregel als Rechtsnorm bezeichnet, die der Masse als wesentiche Bedingung der Solidarität erscheint und unter einem Gesetz (S. 470) bloß die Feststellung des Bestehens einer Rechtsnorm versteht. Vgl u. a. R. SCHMIDT, *Allgemeine Staatslehre,* I, S. 170; MICELI, *La norma giuridica,* 1908, S. 8, 30—32; M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen,* 1903, S. 20: „es gibt kein Verhalten, welches der Staat verbietet, ohne daß es vor ihm die Kultur verboten hat". MAYER macht sich die Beweisführung allerdings leicht, indem er zahlreiche *Ausnahmen* seiner Lehre zugesteht (a. a. O., S. 90—95, 116).

Oder wie es ARISTOTELES[1]) ausdrückt: Wenn die Untertanen den „König nicht mehr wollen, so ist er sofort kein König mehr, der Tyrann aber bleibt, was er ist, wenn man ihn auch nicht will".

§. 47. Die Zwecktheorien.

Zu den Versuchen, das Wesen des Rechts durch inhaltliche Merkmale der Richtigkeit zu bestimmen, gehören auch diejenigen, die in die Definition des Rechts die Aufnahme des Zweckes der betreffenden Normen für notwendig halten. In krasser Form geschieht dies bei JHERING,[2]) der sich durch seine formale Definition des Rechts noch nicht befriedigt fühlt und dem bloß „formalen Moment der äußeren Form des Rechts" noch ein „inhaltliches Moment" hinzufügen zu müssen meint, um „damit zu der *erschöpfenden* Definition des Rechts zu gelangen". Dieses inhaltliche Merkmal wäre nach JHERING der Zweck des Rechts. Darauf, wie sich dieses Merkmal bei ihm des näheren gestaltet („Lebensbedingungen der Gesellschaft im weitesten Sinne des Wortes"), brauchen wir gar nicht einzugehen. Ganz abgesehen von den Schwierigkeiten der Frage, was als Lebensbedingung einer Gesellschaft angesehen werden kann und was nicht, ganz abgesehen davon, ob hiefür ein objektiver Maßstab oder bloß das Dafürhalten des Rechtsetzers maßgebend sei, können wir uns auf den Hinweis beschränken, daß es für den Rechtsbegriff gerade so unmaßgeblich ist, was jene Macht mit ihren Normen subjektiv bezweckt hat wie der Umstand, ob sie einem anderswie bestimmten Zwecke entsprechen oder nicht. Mag auch ein selbstischer Autokrat mit einem Rechtssatz ganz etwas anderes vorhaben als die Sicherung der Lebensbedingungen der von ihm regierten Gesellschaft, das kann der Rechtsnatur seiner Normen keinen Abbruch tun, und auch davon ist diese nicht abhängig, wie über die Zweckmäßigkeit dieser Normen von einem höheren Gesichtspunkt aus geurteilt werden muß. Die für die Gesellschaft schädliche Norm kann gerade so eine Rechtsnorm sein wie die nützliche.

---

[1]) ARISTOTELES, *Politik*, Buch V, Kap. 10. S. 1313.

[2]) JHERING, *Der Zweck im Recht*, I[4]. S. 398/99.

Es ist eben bereits die formale Definition des Rechts die „erschöpfende", und es ist wieder nur einer der heimlichen Wege des Naturrechtsgedankens, wenn man meint, das *Wesen* des Rechts sei damit noch nicht getroffen, es müsse hinter der Form noch etwas Höheres stecken. Dieses Höhere kann und soll auch noch gesucht werden. Aber es kann uns nicht zum „Wesen" *des Rechts* führen. Das Wesen des Rechts ist eben nur eine Norm, die von einer bestimmten Macht gesetzt ist, — also seine Form.[1])

Freilich liegt bereits im Begriff der Norm eine Zweckvorstellung. Jedoch nicht von diesem, schon im genus proximum des Rechtsbegriffes steckenden Zwecke ist die Rede, wenn das Recht durch seinen Zweck definiert werden soll, sondern von einem besonderen der Rechtsnormen.

Auch damit haben wir hier nichts zu tun, ob sich nicht etwa a posteriori aus dem gewöhnlichen Inhalte der Rechtsnormen irgend ein mehr oder minder allgemeiner Endzweck entnehmen lasse.[2]) Die hier verneinte Frage geht nur darauf hin, ob irgendwie bestimmte Zwecke eine begriffliche Notwendigkeit für das Recht bedeuten.

---

[1]) Der bekämpften Auffassung ähnlich lehrt neuerdings Gény (*Science et Technique en droit privé positif,* I, S. 49/50): es gebe neben seiner Sanktion auch noch ein Begriffsmerkmal des Rechtes, das seinen Inhalt betreffe, und dies sei die Gerechtigkeit. Gény nimmt jedoch für die also ergänzte Definition des Rechtes mindestens die bekannte Ausflucht in Anspruch, *dieses* Recht sei jeder Realität bar und sei bloß das Ideal des Rechtes (S. 52), dem dann wieder nach bekannter Art ein positives entgegengesetzt wird (S. 55/56). Jhering verschmäht aber sogar diese Unterscheidung und gibt einfach zwei Definitionen des Rechts schlechthin.

Auch bei Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit,* I, S. 94 finden wir neben dem formalen Merkmal des Rechtsbegriffes ein sich ihm anschließendes inhaltliches: „Recht ist eine unmittelbar auf Grund mechanischer Zwangsmittel wirkende, sich wenigstens regelmäßig durchsetzende psychische Macht über den Willen der Menschen, *die die Funktion übt,* in der Form von Beziehungen von Menschen *die Interessen der Zusammenlebenden zu schützen*".

[2]) Vgl. H. Maier, *Psychologie des emotionalen Denkens,* S. 721. Siehe auch die guten Ausführungen zur Soziologie und Psychologie der juristischen Zwecke ebenda S. 723—727.

§ 48. Die Anerkennungstheorien.

Unter Anerkennungstheorien sind in einem Sinne des Wortes die Theorien zu verstehen, die zum Begriff des Rechts, wenn auch nicht die ethische Billigung der Untergebenen, so doch ihre Zustimmung als notwendig erachten. Diese Lehren begegnen jedoch dem Einwand, daß es nicht darauf ankomme, ob die Untergebenen den Normen innerlich zustimmen, sondern nur darauf, ob sie sie befolgen. („Caligula jactabat, oderint dum metuant.")

Auch diese Anerkennungstheorien sind vom Richtigkeitsmerkmal der Naturrechtslehre nicht ganz unabhängig. Nach einer verbreiteten Ansicht bildet es nämlich einen Maßstab der Richtigkeit einer Rechtsordnung, ob ihr die Untergebenen zustimmen. Man denke nur an die Hartnäckigkeit der Vertragstheorie, die zur Rechtfertigung der Rechtsordnung immer wieder zu zeigen versucht, daß das Recht als Ausfluß eines Vertrages der Untergebenen angesehen werden müsse.[1])

In einem anderen Sinne gründet seine Rechtsdefinition Bierling auf den Begriff der Anerkennung.[2]) Er versteht darunter „ein dauerndes habituelles Verhalten in Beziehung auf die betreffenden Grundsätze".[3]) Wer eine ihn betreffende Anordnung tatsächlich beobachtet — und sei es auch noch

---

[1]) Kant, *Metaphysik der Sitten,* WW, Akad.-Ausg., Bd. VI., S. 313/314; Haymann, *Naturrecht und positives Recht,* Zeitschr. f. Rechtsphilos., I, 1914, S. 243/44; Austin, *Lectures,* I[4], S. 299 ff.; Gierke, *Althusius,* S. 121; Stammler im HWB. der Staatswiss., 3. Aufl., VIII, S. 334 ff.; Vauthier, *La doctrine du contrat social,* Bull. de la classe des lettres 1914 No. 3 de l'Acad royale de Belgique; Peretiatkowicz, *Die Rechtsphilosophie des J. J. Rousseau,* Grünhuts Zeitschr., XLII, 1916, S. 7 ff., sowie die dort zitierte Literatur.

[2]) Bierling. *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe,* I, S. 3: „Von allen Arten von Normen unterscheidet sich die Rechtsnorm dadurch — und bloß dadurch —, daß sie als Regel des Zusammenlebens eines bestimmten Kreises von Menschen seitens der dazu gehörigen fortgesetzt anerkannt wird". Und *Juristische Prinzipienlehre,* I, S. 19: „Recht ist alles, was Menschen, die in irgendwelcher Gemeinschaft miteinander leben, als Norm und Regel dieses Zusammenlebens wechselseitig anerkennen".

[3]) *Kritik,* I, S. 7.

so ungern —, der erkennte sie damit nach Bierling auch tatsächlich für sich als gültig an. Auf die Gesinnung oder gar auf die Gemütsstimmung, in der eine solche Anerkennung erfolgt, käme es dabei ganz und gar nicht an.[1]) „Auch die unfreiwillige Anerkennung bleibt Anerkennung, und zwar nicht nur die abgenötigte, erzwungene, sondern auch die unbewußte, unwillkürliche Anerkennung."[2])

Die Anerkennung Bierlings ist demnach der Hauptsache nach nichts weiter als Befolgung.[3])

Danach wäre aber jede befolgte Regel des menschlichen Zusammenlebens eine Rechtsnorm. Was Bierling als Recht bezeichnet, ist also eigentlich Recht und Konventionalregel zusammen. Daher ist es auch erklärlich, weshalb er zu keiner brauchbaren Definition der letzteren gelangen konnte.

Ein weiterer Fehler dieser Theorie besteht jedoch auch noch darin, daß sich Bierling für den Rechtscharakter einer Norm nicht mit ihrer „gewöhnlichen" Befolgung begnügt, sondern sie nur für eben *denjenigen* Rechtsnorm sein läßt, der sie befolgt. „Wer nicht selbst Rechtsgenosse sein will, wer nicht irgendwie das betreffende Recht auch für sich geltend anerkennt, der ist auch nicht in wahrem und vollem Sinne Rechtssubjekt für das betreffende Recht."[4])

Das Beste über die Anerkennungstheorien ist schon von Austin[5]) längst gesagt worden. Er hat bereits darauf hingewiesen, daß man in einem Sinne des Wortes das Recht allerdings auf den Konsens der Untergebenen als auf eine notwendige Bedingung zurückführen darf, denn wenn die große Masse einer Gesellschaft fest entschlossen wäre, lieber

---

[1]) *Prinzipienlehre,* II. S. 361.

[2]) *Kritik,* I, S. 6; *Prinzipienlehre,* I, S. 45–47.

[3]) Daß Bierling auch noch das Setzen der Norm als ihre Anerkennung bezeichnet (*Prinzipienlehre,* I, S. 152), braucht uns hier nicht weiter zu stören. Störend wirkt freilich, wenn er (ebenda) das Anerkennen wieder als ein „Wollen" der Norm bezeichnet, womit er wieder zu den gewöhnlichen Anerkennungstheorien hinneigt. Sein eigenes Schwanken erklärt die häufigen Mißverständnisse in bezug auf seine Theorie.

[4]) *Prinzipienlehre,* I, S. 208.

[5]) Austin, *Lectures,* I[4], S. 295—299.

den Tod zu wählen, als das Recht zu befolgen, so könnte sie dazu nicht gezwungen werden. In diesem Sinne ist jeder Gehorsam schließlich ein gewollter, und jede Befolgung von Normen eine Einwilligung der Befolgenden. In diesem Sinne sagt aber diese Theorie, wie AUSTIN zeigt, auch nichts weiter, als daß es ein Recht nur dort gibt, wo die große Masse der Angeredeten aus irgend welchen Motiven der an sie gerichteten Aufforderung in der Regel nachkommt. Soll jedoch dabei an eine Billigung oder ein Vorziehen gedacht werden, so bezeichnet eine solche Theorie schon AUSTIN als „lächerlich falsch".[1])

§ 49. Die Zwangstheorien.

Um zu den Zwangstheorien Stellung nehmen zu können, müssen wir uns vor allem über die Begriffe Zwang und Erzwingbarkeit Klarheit verschaffen. Zwang bedeutet die Verwirklichung eines Zweckes gegenüber einem fremden Willen, entweder durch Anwendung physischer Kraft oder durch Androhung eines Übels.[2]) Dementsprechend werden zweierlei Arten von Zwang unterschieden: der physische Zwang (auch direkter, mechanischer oder äußerlicher Zwang genannt, vis absoluta), wenn der Widerstand, welcher der Durchsetzung eines Willens entgegengesetzt wird, durch physische Kraft überwunden wird, — und der psychische Zwang (auch indirekter oder innerer genannt), wenn der Widerstand, der der Durchsetzung eines Willens entgegengesetzt wird, durch Androhung eines Übels beseitigt wird.

Im Falle des physischen Zwanges liegt also gar keine Handlung des Gezwungenen vor, denn der äußere Zwang kann natürlich den fremden Willen nicht erreichen. Der psychische hingegen geht auf die Bestimmung des fremden Willens. JHERING[3]) betont der entgegengesetzten Ansicht

---

[1]) Vgl. über die Anerkennungstheorien auch KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, S. 354—378.

[2]) Vgl. JHERING, *Zweck im Recht*, I, S. 181; ANDERSSEN, *Das Gewohnheitsrecht* in GRÜNHUTS Zeitschr., XXXVII, S. 353 und die daselbst angeführte Literatur.

[3]) A. a. O., I[4], S. 11, 181.

gegenüber, daß auch in diesem Falle ein wirklicher Willensakt, nicht bloß sein äußerer Schein vorliege und zitiert den treffenden Ausdruck PAULUS': coactus volui, ich habe gewollt aus Anlaß des Zwanges. Diese beiden Arten des Zwanges können insofern auch ineinandergreifen, als das angedrohte Übel eben physischer Zwang sein kann (Drohung mit Exekution oder mit Freiheitsverlust).

Daß die Erzwingbarkeit im Sinne des physischen Zwanges keine Voraussetzung des Rechtsbegriffes sein kann, liegt auf der Hand: schon der Inhalt vieler Rechtsnormen ist derart, daß er sich ohne den Willen des Normadressaten gar nicht verwirklichen läßt. Streng genommen gilt das für alle Fälle des physischen Zwanges.[1]) Immerhin können aber solche Fälle, in denen wenigstens ein normgefordertes äußeres Ergebnis in bezug auf den Verpflichteten durch physische Kraft herbeigeführt werden kann (wie die Abnahme der Schuldsumme im Falle der Exekution), von den überwiegenden Fällen unterschieden werden, in denen die Natur des normgeforderten Verhaltens nicht einmal die Herbeiführung eines derartigen äußeren Ergebnisses ermöglicht (wie z. B. im Falle der Pflicht gewisse Verbrechen anzuzeigen).[2])

Hinsichtlich des psychischen Zwanges ist die bloße Drohung mit einem Übel von der erfolgreichen Drohung zu

[1]) „Wenn jemand — sagt BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre,* I, S. 50; vgl. dazu auch KELSEN, *Hauptprobleme,* S. 214 — durch Anwendung sogen. absoluten oder physischen Zwanges, d. h. einfach durch fremde Kraft in eine gewisse äußere Lage gebracht wird, so ist das schließliche äußere „Verhalten" des Gezwungenen in Wahrheit auch dann keine Normenbefolgung oder Erfüllung, wenn dasselbe objektiv einer an ihn gerichteten Norm entspricht.

[2]) BINDING, *Normen,* I², S. 490: „Grade weil beim physischen Zwang nur der Wille des Zwingenden tätig wird, gibt es keinen physischen Zwang zum Tun, sondern nur zum Unterlassen und Dulden. Der Zwingende bewirkt, daß sein Wille, der Gezwungene solle etwas nicht tun, durchgesetzt wird. Von den beiden großen Zwecken des Zwanges, ein Handeln oder ein Unterlassen zu bewirken, ist der erste, die physische Erzwingung einer Handlung, gar nicht zu erreichen, der zweite durch ihn allerdings, aber durch ihn nicht ausschließlich. Mit anderen Worten: der Zwang zum Tun ist stets ein mittelbarer; er muß sich an den Willen dessen wenden, dem der Zwang gilt". Ebenso: POLLOCK, *A first book on Jurisprudence,* 1896, S. 57/58.

unterscheiden. Von einem psychischen Zwang kann nur im letzteren Falle die Rede sein. Solange die Drohung die beabsichtigte Wirkung auf den Willen des Bedrohten nicht ausübt, wirkt sie eben nicht als Zwang. Erst wenn sie ihn zu dem erwünschten Handeln tatsächlich bestimmt, ist ein Zwang vorhanden. Nun bedarf es nicht vieler Worte, um zu zeigen, daß die Wirksamkeit einer Drohung für ihren Rechtscharakter nicht ohne weiteres unerläßlich ist. Denn jede Verletzung des Rechts, jeder einzelne Fall von Unrecht, ist zugleich ein Fall der Unwirksamkeit dieser Drohung. Es kann also auch unwirksame Rechtsnormen geben und selbst Rechtsnormen, die unwirksame Drohungen enthalten, also solche, die weder physischen noch psychischen Zwang ausüben.

Anderseits ist eine Norm, die einen psychischen Zwang ausübt, damit noch nicht zu einer Rechtsnorm geworden. Eine Norm, die wirksam droht, ist deshalb noch keine rechtliche. Auch die Nichtbefolgung religiöser Normen kann mit Strafen bedroht sein, und auch die Nichtbefolgung der Konventionalnormen kann für den Verpflichteten Übel im Gefolge haben. Wer in sittenwidriger Kleidung in Gesellschaft erscheint, kann unter Umständen schwerere Übel zu ertragen haben, als jemand, der die Rechtsnorm durch Verweigerung der Bezahlung dieser Kleider verletzt. Es ist eine bekannte Tatsache, daß die Drohungen der Religion und „der Gesellschaft" wirkungsvoller sein können als die des Rechts, und daß sich der mehrerseits Bedrohte im Falle eines Normenkonflikts oft lieber zur Ertragung der Nachteile der Nichtbefolgung einer Rechtsnorm entschließt, als zur Ertragung der Nachteile, mit denen die Mißachtung z. B. einer Sittennorm geahndet wird. Der Konflikt der Duellsitte mit dem rechtlichen Verbot des Zweikampfes pflegt hierfür als Schulbeispiel zu dienen.

Nun ließe sich demgegenüber behaupten, daß allerdings weder der physische noch der psychische Zwang schlechthin zum Begriff des Rechts gehöre, sondern nur die besondere Art des psychischen, die mit dem physischen droht. Allerdings könne das Recht einerseits nicht alle seine Forderungen durch direkten oder physischen Zwang verwirklichen, und allerdings

könnten anderseits auch die Religion und die Sitte einen psychischen Zwang anwenden, allein — könnte man einwenden — nur dem Rechte stünden Drohungen zur Verfügung, deren Verwirklichung physischen Zwang erheischt.

Diese Auffassung käme der richtigen jedenfalls bereits näher, aber auch mit dieser Beschränkung ist der Zwang kein Begriffsmerkmal der Rechtsnorm. Denn erstens: wenn ein Einzelner oder eine Mehrheit von Menschen die Mißachtung einer von ihnen gesetzten Norm mit einer Strafe bedroht, deren Verwirklichung physischen Zwang erheischt, und diese im Falle der Mißachtung der Norm auch tatsächlich verwirklicht, so liegt deshalb noch keine Rechtsnorm vor. Es kann auch eine einfache Individualnorm oder eine Kollektivnorm sein Ein gewalttätiger Mensch oder eine Räuberbande mag eine solche Anordnung durchsetzen, damit ist aber noch keine Rechtsnorm geschaffen.

Und umgekehrt: es gibt Rechtsnormen, deren Mißachtung keine Strafe nach sich zieht. Die Pflichten des Monarchen und im allgemeinen der obersten Machthaber eines Staates sind Rechtspflichten, wenn auch die Nachteile, mit denen ihre Mißachtung bedroht ist, nicht mit physischem Zwang verwirklicht werden. Auch ist es nicht wörtlich zu nehmen, daß das Recht immer imstande sei, den angedrohten physischen Zwang zu verwirklichen. Der nicht zahlende Schuldner, der sein Vermögen zu verheimlichen weiß, der Verbrecher, dem es gelingt, sich zu verbergen, entziehen sich der Strafe.[1]

Der Zwang ist also in keiner Form ein Begriffsmerkmal der Rechtsnorm. Trotzdem liegt eine nahe Beziehung zwischen der Rechtsnorm und dem Zwang in seiner zuletzt behandelten Form vor. Das Recht kommt nämlich von einem Machthaber her, dem die Ausübung dieses Zwanges infolge der gewöhnlichen Befolgung seiner Normen gewöhnlich, und zwar gewöhnlich auch in höherem Maße als sonst wem in dem betreffenden Kreise zur Verfügung steht. Nicht die Erzwingbarkeit der einzelnen

---

[1]) Vgl. Bierling, *Kritik,* I, S. 147; Rümelin, *Eine Definition des Rechts,* Reden und Aufsätze, Neue Folge, S. 337; Merkel, *Juristische Enzyklopädie,* § 59; Anderssen, *Gewohnheitsrecht,* in Grünhuts Zeitschr., XXXVII, S. 346, 354.

Regel oder gar ihre Erzwingbarkeit in einem bestimmten Falle steht dabei in Frage, sondern nur die gewöhnliche Erzwingbarkeit der Regeln dieses Machthabers sowohl den Untergebenen, wie jeder mit ihm konkurrierenden Macht gegenüber. Diese Tatsache ist es, die gewöhnlich mit der Erzwingbarkeit der rechtlichen Norm gemeint ist. Es steckt also auch in den Zwangstheorien ein gutes Stück Wahrheit, aber es ist eine ungenau wiedergegebene Wahrheit, deren genauere Wiedergabe eben zur oben ausgeführten Lehre führt. Der Zwang ist kein Begriffsmerkmal, sondern nur eine gewöhnliche Begleiterscheinung des Rechts; er ist nur eine Folge seiner „gewöhnlichen“ Befolgung.[1])

---

[1]) In seiner formalen Rechtsdefinition bezeichnet Jhering, *Der Zweck im Recht*, I[4], S. 249/50, das Recht als den Inbegriff der im Staate geltenden Zwangsnormen. Einen Rechtssatz ohne Rechtszwang nennt er einen Widerspruch in sich selbst, ein Feuer, das nicht brennt, ein Licht, das nicht leuchtet. Doch sieht er sich alsbald (a. a. O., S. 256) zu der Korrektur gezwungen, „daß es *innerhalb der Rechtsordnung* Punkte gibt, wo der Zwang versagt“. Als solche Punkte bezeichnet er das Völkerrecht, die staatsrechtlichen Pflichten des Monarchen, die Pflicht der Geschworenen, nach ihrer Überzeugung zu urteilen. Zur Lösung dieses Widerspruches entschließt sich Ihering weder dazu, die betreffenden Normen nicht als rechtliche zu betrachten, noch dazu, den Zwang als Begriffsmerkmal des Rechtes fallen zu lassen, sondern sucht diesen Widerspruch damit zu begründen, „daß die ganze Institution, von der (jene Normen) nur ein kleines Stück bilden, rechtlicher Art ist, und sodann, daß sie nach der *Intention der Gesetzgebung* dieselbe unweigerliche Beachtung und Geltung beanspruchen, welche bei allen anderen Normen auf dem Wege des Zwanges verwirklicht werden“ (S. 251—256). Die Zwangstheorie ist damit jedenfalls aufgegeben, denn es wird zugegeben, daß 1. auch nicht erzwingbare Normen Rechtsnormen sind, falls sie einen Teil einer Einrichtung bilden, die ansonst aus erzwingbaren Normen besteht, und daß 2. nicht erzwingbare Normen auch dann Rechtsnormen sind, wenn sie mit demselben Geltungsanspruch gesetzt sind wie die erzwingbaren.

Beide Zusätze weisen deutlich genug auf die richtige Definition des Rechts hin: sie weisen auf den Urheber hin, der auch die Zwangsnormen gesetzt hat und dessen Normen eben Rechtsnormen sind, wenn sie gegebenenfalls auch nicht erzwungen werden können.

Man gelangt zur Zwangstheorie gewöhnlich dadurch, daß man das Recht bloß der Moral gegenüberstellt. Da bereits die jeder ethischen Norm anhaftende Forderung einer entsprechenden Gesinnung die Er-

Die Auffassung des Zwanges als eines Begriffsmerkmales der einzelnen Rechtsnormen anstatt einer bloß gewöhnlichen Begleiterscheinung, die aus der Eigenheit der Rechtsmacht folgt, hat dahin geführt, daß man nicht recht wußte, was man mit den Rechtsnormen, die keine Sanktion haben, beginne. Unter Sanktion einer Rechtsnorm versteht man die Rechtsfolgen, die an ihre Mißachtung geknüpft sind. Wie nun, wenn die Rechtsmacht wohl Forderungen aufstellt, jedoch für den Fall ihrer Übertretung nichts bestimmt? Wir haben bereits gesehen, daß JHERINGS Zwangstheorie an diesem Punkte mit sich selbst in Widerspruch geraten ist. Andere Anhänger dieser Theorie waren konse-

---

zwingbarkeit dieser Normen von vornherein ausschließt, so schien diese das bequemste Merkmal zur Unterscheidung des Rechts von der Moral zu sein.

Neuerdings dringt die Ansicht jedoch immer mehr durch, daß der Zwang kein Begriffsmerkmal des Rechtes ist.

STAMMLER bedient sich des Begriffes einer Zwangsregelung in eigenartigem Sprachgebrauch. *Wirtschaft und Recht,* 1. Aufl., S. 129—132, *Theorie der Rechtswissenschaft,* S. 98/99. Er verbindet damit nicht die Vorstellung einer Wirkung, sondern er versteht darunter bloß eine besondere Art des Wollens. Die Bestimmung des Wollens eines anderen als Mittel für einen Zweck, ohne Rücksicht auf die Zustimmung dieses anderen, ist im Sinne STAMMLERS eine *Zwangs*regelung. Ob dieses Wollen geeignet ist, auf diesen anderen irgendwelche Wirkung zu üben, ja, ob es ihm überhaupt bekannt geworden ist, ist für den STAMMLERschen Begriff irrelevant. Er bezeichnet diesen Zwang auch als ein „selbstherrlich verbindendes Wollen" und will damit nur den Gegensatz zu einer Art Regel angeben, die nur mit Zustimmung ihrer Adressaten Regel sein will, die es aber nicht gibt. Da also STAMMLER mit seinem Begriff von Zwang erst bei dem Begriff einer Norm oder Forderung angelangt ist, so gehört seine Theorie nicht unter die Zwangstheorien des Rechts.

BIERLING *(Kritik,* S. 140—152) verneint entschieden den Zwang als Begriffsmerkmal des Rechts, da er ihn nur als eine besondere Form der Geltungsbewährung auffaßt, auf die er das Recht schon deshalb nicht zurückführen zu können meint, weil die Anwendung des Zwanges im letzten Grunde immer erst durch freiwillige Befolgung der Norm ermöglicht würde, was in dieser Allgemeinheit nicht zugegeben werden kann. JELLINEK verwirft den Zwang als Begriffsmerkmal des Rechts ebenfalls (*Allgem. Staatsl.,* 2. Aufl., S. 325, 328) und setzt an seine Stelle

quenter als er und sprachen solchen Normen rundweg die Eigenschaft von Rechtsnormen ab. Man nannte sie leges imperfectae, und schon in dieser Benennung steckt die ganze Verlegenheit dieser Theorie. Denn obwohl sie nicht perfekt sind, sollen es doch leges sein, womit doch wieder zum Ausdruck gelangt, daß die Sanktion kein Begriffsmerkmal der Rechtsnorm ist.[1])

Nach der hier vertretenen Auffassung ist auch eine Forderung der Rechtsmacht, für deren Nichtbefolgung keine Sanktion besteht, ein Rechtssatz, und nur diese Auffassung ist mit dem lebendigen Begriff von Recht verträglich, dessen Definition wir suchen. Die Bestimmungen für das Verhalten des Herrschers

---

seinen Begriff der Garantie, von dem der Zwang nur eine Unterart darstellt.

Zu den Anhängern der Zwangstheorie sind zu zählen Holtzendorff, *Prinzipien der Politik,* 1869, S. 85; Lasson, *System der Rechtsphilosophie,* 1882, S. 207; Bergbohm (*Jurispr. u. Rechtsphilosophie,* S. 73, 446, Anm. 29) bezeichnet die Frage als ungelöst und nimmt damit zurück, was er in seiner Erstlingsschrift: *Staatsverträge und Gesetze,* darüber gesagt hat. Vgl. dazu Kelsen, *Hauptprobleme,* S. 220 ff. Zu den Gegnern dieser Theorie gehören Cathrein, *Recht, Naturrecht u. pos. Recht,* S. 58—67; Radbruch, *Grundzüge,* S. 76; Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts,* 1913, S. 49—66, der jedoch die Bedeutung des hinter den Rechtsnormen stehenden Zwanges unterschätzt. Berolzheimer, *System,* III, S. 90. Vgl. noch Bierling, *Jur. Prinzipienlehre,* I, S 49—52; Del Vecchio, *Il concetto del diritto,* S. 111 ff.; Thon, *Rechtsnorm u. subj. Recht,* S. 223 ff.; Binding, *Die Normen,* I², S. 484 ff.; Merkel, *Jurist. Enzykl.,* S. 34 ff.; Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht,* S. 103 ff.; Sohm, *Weltliches und geistliches Recht* (Sonderabdr. aus d. Leipz. Festg. f. Binding) S. 6 f.; Binder, *Rechtsbegriff und Rechtsidee,* S. 54/55; Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich,* S. 204; Rümelin, *Eine Definition des Rechts,* Reden und Aufsätze, Neue Folge, S. 337; Hold v. Ferneck, *Rechtswidrigkeit,* I, S. 82—97.

[1]) Auch Austin (*Lectures,* I⁵, S. 99) ist in diesem Irrtum steckengeblieben. Seine sonst richtige Theorie bringt den Zwang in die Definition des Rechts, obwohl er darin nicht sichtbar figuriert (siehe unten, § 51). Auch er faßt das Recht nur als Inbegriff solcher Willensäußerungen auf, deren Nichtbefolgung die Erleidung eines Übels nach sich zieht (a. a. O., I⁵, S. 88/89). Er betrachtet eine lex imperfecta folglich nicht als Rechtssatz, sondern nur als Ratschlag oder Ermahnung (S. 99). Auch Stammler (*Theorie,* S. 567) bekennt sich zu der Auffassung „Eine lex imperfecta stellt noch kein vollständiges rechtliches Wollen dar, sondern bedeutet den Anfang dazu“.

sind Rechtsvorschriften, wenn auch ihre Verletzung keine Sanktion nach sich zieht. Die Verletzungen solcher Gebote sind Rechtsverletzungen. Scharfsinnig hebt BIERLING[1]) hervor, daß bei einer Anzahl von Vergehen und bei bloßen sogenannten Übertretungen der Versuch nach vielen Strafgesetzbüchern straflos ist, und daß bei den meisten ein Versuch trotzdem angenommen werden muß und darin ganz ebenso ein rechtswidriges Handeln vorliegt wie bei dem strafbaren Versuche.

§ 50. Die Stammlersche Theorie des Geltungsanspruches.

Einen eigenartigen Versuch zur Definition des Rechts hat STAMMLER unternommen. Er bringt das Recht unter den Oberbegriff einer von Menschen herrührenden Regelung ihres Verkehres und Miteinanderlebens und will das Recht innerhalb dieser Regelung durch seinen besonderen Geltungsanspruch unterscheiden. Recht wäre demnach „die ihrem Sinne nach unverletzbar geltende Zwangsregulierung menschlichen Zusammenlebens“,[2]) d. h. es erhebt den Anspruch, ganz unabhängig von der Zustimmung seiner Adressaten zu gelten, während die Konventionalregel[3]) ihrem eigenen Sinne nach lediglich zufolge der Einwilligung der ihr Unterstellten gölte.[4]) Zweitens gehört es nach STAMMLER zum Begriffe des Rechts, auch für den Erlasser der Regel selbst gelten zu wollen.[5]) Recht ist mithin im Sinne STAMMLERS jede Norm des menschlichen Zusammenlebens, die den Anspruch erhebt, unabhängig von der Zustimmung der ihr Unterworfenen und auch für ihren Urheber gültig zu sein. Daß hiermit das Recht von der Konventionalregel noch nicht geschieden ist, ist schon beim Besprechen dieses Begriffes gezeigt worden. Es ist bereits dort gesagt worden, daß der Begriff einer in diesem Sinne bedingten Norm, die nur für den gölte, der sich ihr unterstellte, und auch nur so lange, als er es täte,

---

[1]) BIERLING, *Kritik*, I, S. 147; vgl. auch *Prinzipienlehre*, III, S. 189; BINDING, *Normen*, I², S. 57/58 und die dort in Anm. 7 u. 8 angeführte Literatur, ferner ebenda S. 63—66.

[2]) STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, 1. Aufl., S. 498.

[3]) Vgl. oben §§ 24 u. 25.

[4]) *Wirtschaft und Recht*, S. 129/30.

[5]) *Ebenda*, S. 492—498.

ein Unding ist. Das wäre eine Forderung, die keine Forderung ist. Der Begriff einer Forderung besteht eben darin, daß in ihr ein Wille geäußert wird, der sich über den Willen derjenigen erhebt, an die er sich richtet. Die Forderung kann nicht in dem Sinne bedingt sein, daß sie ihre Geltung vom Willen derjenigen abhängig machte, an die sie sich wendet. Damit hörte dieser Wille auf, unterstellt zu sein, und würde dem Forderungswillen gleichgestellt. Damit wäre aber der Begriff der *Norm* oder *Regelung* aufgehoben: statt einer Forderung wäre nur noch eine Bitte oder ein Wunsch vorhanden.

Aber auch das zweite Merkmal, das STAMMLER für die Rechtsnormen angibt, daß sie nämlich auch ihrem Urheber gegenüber Geltung beanspruchten, ist nicht glücklich gewählt. Wir werden zu der Frage der rechtlichen Gebundenheit der Rechtsmacht in anderem Zusammenhange eingehend Stellung nehmen; hier sei bloß hervorgehoben, daß damit noch immer kein Merkmal gegeben ist, nach dem sich Recht von Nicht-Recht scheiden ließe, denn danach könnte ja jedermann für die ganze Welt Rechtsnormen aufstellen, wenn er nur seine Regeln auch für sich selbst als bindend ansehen wollte. STAMMLER verwahrt sich zwar an einer Stelle[1]) gegen diesen Vorwurf, indem er meint, daß „wenn ein Privatmann ein Gesetzbuch promulgieren wollte oder von hier aus an den Kaiser von China einen Befehl erließe, so ist durch solche Tatsache ein soziales Problem noch nicht geliefert“. Es ist aber nicht einzusehen, wie sich diese Einschränkung mit seiner Rechtsdefinition vertragen soll.[2])

Damit sind wir aber auch zu dem entscheidenden Punkte unserer Untersuchung zurückgelangt, ja sozusagen durch STAMMLER selbst zu ihm zurückgeleitet worden. Es ist eben für den juristischen Charakter einer Norm doch nicht gleichgültig, wer ihr Urheber ist. Der Begriff der Rechtsnorm läßt

---

[1]) *Wirtschaft und Recht*. 1. Aufl., S. 509.

[2]) Vgl. O. MÜLLER, *Stammlers Sozialphilosophie*, Zeitschr. f. Strafrechtsw., XVII, S. 261; BIERLING, *Rechtsnormen und Konventionalregeln*, im Arch. f. Rs. u. Wsph., III, S. 163; KIPP im *Lehrbuch des Pandektenrechts* von WINDSCHEID, 1900, I[5], S. 68, Anm.

sich nicht auf dem Wege einer Unterscheidung der Geltungsansprüche finden, die von den verschiedenen sozialen Normen erhoben werden. Wir können nur dadurch zu ihm gelangen, daß wir auf die verschiedenen Urheber der heteronomen Normen bedacht sind.

Was uns also STAMMLER nicht ohne Nachdruck: „Und hiernach gebe ich, ein Jurist, die Definition zu unserem Begriffe vom Rechte“[1]), in Anklang an jenes kantische: „Noch suchen die Juristen ...“ gewissermaßen als den Abschluß dieses Suchens vorlegt, das ist nun gar nicht die Definition zu „*unserem*“ Begriff von Recht. Er bringt uns Juristen vielmehr einen ganz neuen Rechtsbegriff und noch dazu einen gar nicht brauchbaren. Das ist so sehr der Fall, daß er selbst eigentlich einen anderen Begriff vom Rechte hat als den seiner Definition. So heißt es in *Wirtschaft und Recht*,[2]) daß „durch *Macht* und Gewalt neue Rechtsnormen begründet werden können“ und daß es „in den Fällen einer einseitigen originären Rechtsentstehung notwendig ist, daß Gewaltbefehle vorliegen“. Ferner: „Wenn in der Revolution, im Bürgerkriege, bei einem rebellierenden Gegenkaiser und dergleichen die aufständische und rechtsbrechende Partei noch nicht hat den Sieg erringen können, so ist auch das alte Recht *soweit* noch nicht aufgehoben“.[3]) Es ist auch darauf hingewiesen worden, daß STAMMLER seiner Definition zum Trotze immer nur in solchen Fällen von Recht spricht, in denen hinter der Norm eine Macht steht. Er bezeichnet die Normen des Staates als Recht und arbeitet überhaupt nicht mit dem Rechtsbegriffe seiner Definition, sondern mit dem gangbaren der „Juristen“.[4])[5])

---

[1]) W. u. R., S. 498.

[2]) S. 509.

[3]) Vgl. auch die Beispiele in *Wirtschaft und Recht,* S. 493/94, 505, 512, 528, in denen überall auf eine rechtsetzende *Macht* Bezug genommen wird. Vgl. MOÓR, *Der Begriff des Rechtes und das Problem des Anarchismus in der Rechtsphilosophie Stammlers* (1911) S. 11 (ungarisch).

[4]) Vgl. MOÓR, a. a. O., S. 13/14; KIPP bei WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* I,[9] S. 83.

[5]) In seiner *Theorie der Rechtswissenschaft* fügt STAMMLER seiner hier wiedergegebenen Lehre bedeutende Ergänzungen hinzu. Überdies erscheint sie auch in einem neuen Kleide und lautet nunmehr: das Recht

§ 51. Die Theorie Austins.

Wir wollen schließlich noch der Befolgungstheorie AUSTINS gedenken, deren Ausführung zum eingehendsten gehört, was über den Rechtsbegriff geschrieben worden ist.

AUSTIN hat sich die Abgrenzung des Gebietes der Rechtserscheinungen zur Aufgabe gemacht und mußte somit das Gebiet der Normen eingehend durchforschen, um die Grenzen des juristischen Teiles feststellen zu können. Er gelangt zum Ergebnis, daß das Recht als Norm einer obersten Macht aufzufassen sei, diese aber aus der gewohnheitsmäßigen Befolgung ihrer Normen hervorgehe. Er definiert das Recht demgemäß als „direktes oder indirektes Gebot einer souveränen Person oder Körperschaft, welches an ein Mitglied oder mehrere Mitglieder der unabhängigen politischen Gesellschaft gerichtet ist, in der diese Person oder Köperschaft souverän ist". Es entsteht damit die Frage, was unter Souveränität zu verstehen sei, worauf wir die Antwort erhalten, daß „wenn eine bestimmte Obrigkeit, die selbst nicht ständigen Gehorsam

---

ist „das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen" *(Theorie,* S. 112/13). Der neue Begriff des verbindenden Wollens (a. a. O., S. 79) ist mit dem alten der äußeren Regelung gleichbedeutend; die Selbstherrlichkeit der neuen Definition bedeutet soviel wie die Zwangsregulierung der alten (S. 96/97), während das Merkmal der Unverletzbarkeit in unveränderter Bedeutung bestehen bleibt (S. 105—107). Auch dem Wesen nach neu ist ferner, daß dieser Rechtsbegriff noch keine Wirklichkeit bedeute. Es sei damit erst eine besondere Art von „wollendem Bewußtsein" gegeben, zu dem noch ein Gegenstand hinzukommen müsse, damit wir zu einem Begriff eines positiven oder gesetzten Rechts gelangten (S. 120) — freilich wieder nur in einem besonderen STAMMLER schen Sinne des Wortes! Kommt nämlich zu diesen Begriffe eines positiven Rechtes noch der Begriff der *Möglichkeit* der Durchsetzung eines Rechtsinhaltes hinzu, so ergäbe das den Begriff des *geltenden* Rechtes (S. 130), der also sowohl von der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes wie vom STAMMLER schen Begriff eines positiven Rechtes verschieden ist. Diese Möglichkeit der Durchsetzung liege vor, wenn sich das Wollen an bestimmte Menschen richtet (S. 143/44). Schließlich kommt im Kapitel über die Psychologie des rechtlichen Geltens zu jener Möglichkeit einer Durchsetzung noch die Durchsetzung selbst — und erst damit gelangen wir in eine gewisse Nähe des gesuchten Begriffes des Rechts.

leistet, von der Masse einer gegebenen Gesellschaft *gewohnheitsmäßig* Gehorsam empfängt, diese Obrigkeit in dieser Gesellschaft souverän ist".[1])

Austin faßt also den Begriff des Rechts als den einer Norm auf, die durch die Eigenart ihres Urhebers bestimmt ist, und sieht diese Eigenart in dem gewöhnlichen Befolgtwerden der Normen. Er begeht jedoch den Fehler, unter Norm als dem Oberbegriff von Recht nicht bloß eine Forderung, sondern nur eine sanktionierte, d. h. eine solche zu verstehen, deren Nichtbefolgung die Erleidung eines Übels zur Folge hat.[2]) Damit gelangt aber auch das irrtümliche Begriffsmerkmal der individuellen Erzwingbarkeit in seine Definition. Sie begnügt sich also nicht mit der Folgeerscheinung des Zwanges, der durch die Eigenartigkeit der Rechtsmacht gewöhnlich gegeben ist, sondern fordert den Zwang auch für jede einzelne Rechtsnorm.

Sodann läßt Austin immer nur einen „bestimmten" Menschen oder eine „bestimmte" Mehrheit von Menschen als Urheber einer Rechtsnorm gelten. Unter einer bestimmten Mehrheit von Menschen versteht er aber eine, deren sämtliche Mitglieder bestimmt angegeben sind. Sobald nicht alle Mitglieder einer Gesamtheit einzeln, nach irgend welchen Merkmalen *bestimmt* angegeben werden können, sei es eine unbestimmte Vielheit wie z. B. „die öffentliche Meinung".[3])

Diese könne aber nach Austin[4]) weder ausdrücklich noch nicht ausdrücklich Befehle erteilen. Sie könne wohl Meinungen und Gefühle hegen, aber sie könne keinen Willen haben und folglich keine Normen im eigentlichen Sinne setzen.[5])

Nach diesen eigenartigen Ansichten Austins über die Gesamtseele könnte die öffentliche Meinung irgend einer Gesellschaft nicht als Rechtsmacht angesehen werden, weil es sich nicht *genau* angeben läßt, welcher Teil der Gesellschaft die öffentliche Meinung ausmache. Hier ist das Streben nach zu großer Genauigkeit Austin gefährlich geworden.

---

[1]) Austin, *Lectures on Jurisprudence*, I[5], S. 220/21.
[2]) A. a. O., I, S. 88/89.
[3]) A. a. O., I[5], S. 178 ff., 186/87.
[4]) S. 183.
[5]) A. a. O., S. 189.

Die diesbezüglichen Mängel des AUSTINschen Werkes haben MAINE [1]) und LIGHTWOOD [2]) nachdrücklich hervorgehoben.[3]) MAINE kommt zu dem Ergebnis, daß diese Theorie allenfalls auf die Zustände entwickelterer Gesellschaften, nicht aber auch für primitivere passe; namentlich sei sie für die Zeiten der ausschließlichen Herrschaft des Gewohnheitsrechts unzutreffend. MAINE vertritt sogar die Meinung, diese Theorie sei eine Abstraktion der besonderen englischen Verhältnisse, wie sie gerade zur Zeit AUSTINS bestanden haben.[4])

Wenn man jedoch mit der Bestimmtheit der normsetzenden Macht ernst macht, so ist diese Definition auch für entwickeltere Zustände und auch für die englischen zur Zeit AUSTINS nicht zutreffend, da auch das Recht dieser Zeit von einer „unbestimmten" Mehrheit herrührt. Wie schwierig es ist, die Glieder einer bestimmten Rechtsmacht anzugeben, ist schon kurz berührt worden [5]) und soll später noch näher ausgeführt werden.[6])

§ 52. Rückblick auf die verschiedenen Theorien.

Wir können die verschiedenen Theorien über den Rechtsbegriff in inhaltliche und in formale teilen. Zu jenen gehören die Naturrechtstheorien und mehr oder weniger die von ihnen beeinflußten Lehren, während sich die formalen insgesamt unter den Gesichtspunkt der Befolgungstheorie bringen lassen. So ist das Billigen der Normen ebenso ein Beweggrund ihrer Befolgung wie der Zwang. Sowohl die ethischen Theorien wie die der bloßen Anerkennung haben einen richtigen Kern, als sowohl das Mißbilligen wie das bloße Nichtwollen von Normen einen Grad erreichen können, auf dem sie zu einem Motiv des Nichtbefolgens werden. Auch der

---

[1]) MAINE, *Lectures on the Early History of Institutions*, 6. Aufl., S. 342—400.

[2]) LIGHTWOOD, *The Nature of positive Law*, 1883.

[3]) Allerdings haben es sowohl die Genannten als auch AUSTINS Kritiker im allgemeinen, wie MARKBY (*The Elements of Law*, 6. Aufl., S. 5) richtig bemerkt, unterlassen, diese Theorie auszubauen.

[4]) Ähnlich CLARK, *Practical Jurisprudence*, 1883, S. 5.

[5]) Oben, § 40.

[6]) Unten, § 95.

unbewußte Konsensus des Volksgeistes der historischen Schule kommt von diesem Gesichtspunkte aus zu seinem Rechte. Man könnte diese verschiedenen Gesichtspunkte den (unter einander wieder verschiedenen) *Minoritätstheorien* von Marx-Engels, Gumplovicz usw. als *Majoritätstheorien* gegenüberstellen und man kann beide Gruppen als verschiedene Ansichten über das Wesen der Rechtsmacht unter den Gesichtspunkt der Befolgungstheorie bringen.

Diese steht also gewissermaßen über den übrigen und nimmt deren richtigen Kern in sich auf.[1])

Fünftes Kapitel.

Das Völkerrecht und das Kirchenrecht.

§ 53. Das Völkerrecht als Subordinationsverhältnis.

Im Lichte unserer bisherigen Ergebnisse können wir uns nunmehr dem vielerörterten Wesen des Völkerrechts zuwenden und daran unsere bisherigen Ausführungen prüfen.

Unter Völkerrecht ist eine Art Normen des Handelns zu verstehen, die von Rechtsmächten befolgt werden sollen, und

---

[1]) Vgl. noch zur Literatur des Rechtsbegriffs außer den bereits Angeführten u. a.: Thon, *Über den Rechtsbegriff* in Grünhuts Zeitschr. Bd. VII, 1880; Bluntschli, Art. *Recht* im Deutschen Staatswörterbuch; Schuppe, *Der Begriff des Rechts* in Grünhuts Zeitschr., X, S. 349—383; G. Anschütz, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, 1891; Frenzel, *Recht und Rechtssätze*, 1892; E. Brodmann, *Über Wesen und Begriff des Rechts* in Jherings Jahrbüchern, Bd. LV (1909); A. F. Grohmann, *Der Begriff des Rechts*, 2. Aufl. 1860; Del Vecchio, *Sulla Positività come carattere del diritto*, 1911; Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, 1912; Cesarini-Sforza, *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, 1913; Maggiore, *Saggi di filosofia giuridica*, 1914; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, S. 120; G. Rümelin, *Eine Definition des Rechts*, Reden und Aufsätze, II, S. 317 ff.; Merkel, *Elemente der allgemeinen Rechtslehre*, Ges. Abhandl. S. 576; Berolzheimer, *System der Rechtsphilosophie*, III, S. 85 bis 120; Iwan Iljin, *Die Begriffe von Recht und Macht*, im Arch. f. Philosophie, II. Abt., Bd. XVIII, 1912; Trendelenburg, *Die Definition des Rechts*, Kleine Schriften, II; Binding, *Das objektive Recht: Maß, Mittel und Fehlbetrag seiner Verwirklichung*, Der Rechtsgang, Bd. 1, 1913, S. 1—11.

das Problem des Völkerrechts bedeutet die Frage, welcher Natur diese Normen seien, insbesondere ob sie als Rechtsnormen betrachtet werden dürfen?

Die Lösung dieser Frage erheischt vor allem eine Untersuchung der Quelle, von der die Normen des Völkerrechts herrühren, und sodann eine Untersuchung der Wirksamkeit oder der Art der Befolgung dieser Normen.

Wir müssen vor allem zweierlei Arten von Völkerrecht unterscheiden, je nachdem die betreffenden Normen für die große Gruppe von Rechtsmächten gelten, die schlechthin *die Völkerrechtsgemeinschaft* genannt wird, oder nur für irgend eine engere Gruppe innerhalb dieser Gemeinschaft Geltung beanspruchen. Wir können diese beiden Arten als gemeines und partikuläres Völkerrecht bezeichnen.[1])

Wir wollen zuvörderst von den Normen des gemeinen Völkerrechts sprechen. Diese stammen jedenfalls von einer *Macht*, die *über* den einzelnen Rechtsmächten steht. Ob die einzelnen Rechtsmächte selbst immer notwendigerweise mit zu dieser Macht gehören, die die an sie gerichteten Normen setzt, ist für die Tatsache, daß diese Normen von einer über den einzelnen Rechtsmächten stehenden Macht herrühren, ebenso unmaßgeblich wie die Frage, ob bei der Setzung eines

---

[1]) Die Unterscheidung von gemeinem und partikulärem oder von generellem und speziellem Völkerrecht hat zwei verschiedene Bedeutungen. Sie kann erstens *für* alle Rechtsmächte der sogen. Völkerrechtsgemeinschaft oder nur für einen Teil dieser Gemeinschaft gesetzte Normen bedeuten, und sie kann ferner auch *von* dieser Gemeinschaft oder bloß von einer in ihr enthaltenen engeren Gruppe gesetzte Normen bedeuten. M. a. W., das partikuläre Völkerrecht kann sowohl primäres wie sekundäres Recht sein (siehe unten, § 100). Für die verbreitete Auffassung, nach der ein Völkerrechtssatz nur für die Rechtsmächte gilt, die ihn mit geschaffen haben, fällt der hervorgehobene Unterschied weg. Da wir hingegen im folgenden die Auffassung vertreten, daß ein Völkerrechtssatz auch eine Rechtsmacht, die ihn nicht geschaffen hat, binden kann, so ist dieser Uterschied für uns erheblich.

Selbstverständlich sind damit noch immer nicht alle möglichen Arten von Völkerrecht getroffen, denn es ist ja vorläufig nur von unserem besonderen, sogen. europäischen Völkerrecht die Rede.

Satzes des gemeinen Völkerrechts die Majorisierung einer Minderheit grundsätzlich ausgeschlossen sei oder nicht.[1])

Selbst wenn wir nur solche Normen des gemeinen Völkerrechts in Betracht ziehen, die durch eine Übereinstimmung *sämtlicher* Rechtsmächte der Völkerrechtsgemeinschaft zustande gekommen sind, so steht auch für diese fest, daß sie von einer den einzelnen Rechtsmächten übergeordneten Macht herrühren, von der jede einzelne Rechtsmacht nur einen Teil bildet, da doch die einzelnen Rechtsmächte eine solche, in Übereinstimmung mit den übrigen geschaffene Norm nicht eigenmächtig, sondern wieder nur in Übereinstimmung mit den übrigen aufheben können.

Die verbreitete Lehre, daß sich die Rechtsmacht, oder wie es gewöhnlich heißt, der Staat zum Völkerrechtssatz bloß selbst verpflichte, und daß es über dem Staate keine Macht mehr geben könne, ist demnach augenfällig unrichtig. Auch das Völkerrecht ist ein Verhältnis der Unterordnung der Rechtsmächte unter eine Macht. Es geht deshalb nicht an, einen Unterschied des Völkerrechts und des innerstaatlichen Rechts darin zu sehen, daß das erste kein Verhältnis der Über- und Unterordnung, sondern nur ein Verhältnis zwischen Koordinierten sei.[2])

---

[1]) Dagegen im Einklang mit der herrschenden Lehre neuerdings: Heilborn, *Die Grundbegriffe des Völkerrechts*, 1912; Schoen, *Zur Lehre von den Grundlagen des Völkerrechts*, Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilos., VIII, 1915, S. 300, vgl. auch daselbst Anm. 17 und S. 307 ff.

[2]) So z. B. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 365. Folgerichtig müßte Jellinek auf Grund dieser Lehre zur Leugnung der Rechtsnatur des Völkerrechtes gelangen, da er das Recht als Normen bezeichnet, „die von einer anerkannten, äußeren Autorität ausgehen" (S. 325), womit doch nur eine den Verpflichteten gegenüber äußere, von ihnen also verschiedene und als solche anerkannte Autorität gemeint sein kann. Die Anerkennung einer solchen Autorität bedeutet aber zugleich eine Über- und Unterordnung. — Dieselbe, übrigens sehr verbreitete Auffassung versucht E. Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts*, S. 159—221, auf eine breitere Grundlage zu stellen. Er stellt grundsätzlich dem Subordinationsrechte ein Koordinationsrecht gegenüber. In die letztere Kategorie reiht er jedoch nur das Völkerrecht (S. 175) und engt sie sogar noch dadurch ein, daß er ein wirkliches koordinationsrechtliches Völkerrecht erst durch den seit kurzer Zeit entstandenen Gedanken

Es kann aber sodann der Satz gar nicht aufrecht erhalten werden, daß jede Norm unseres heutigen Völkerrechts der Ausdruck des Willens sämtlicher Rechtsmächte der Völker-

---

des sittlichen Machtstaates für möglich hält (S. 203). Da es jedoch auch vorher ein Völkerrecht gegeben hat, so wäre damit die Möglichkeit des Völkerrechts als eines Subordinationsrechts doch wieder zugestanden.

v. Verdross (*Zur Konstruktion des Völkerrechts,* Zeitschr. f. Völkerrecht, VIII, 1914, S. 340ff.) versucht das Völkerrecht in den staatlichen Blankettrechtssatz hineinzuschieben: „Der Chef der Exekutive darf Staatsverträge schließen", womit ihm die in den Verträgen enthaltenen Bestimmungen ebenso auf Grund der Verfassung als vom Staate gewollte erscheinen wie alle übrigen. Allerdings ist ein solches Völkerrecht *auch* von den Rechtsmächten gewollt, an die es sich wendet. Aber das Problem des Völkerrechtes liegt eben darin, daß das Wollen der einen Rechtsmacht nicht genügt, sondern dazu auch das Wollen anderer Rechtsmächte erforderlich ist. v. Verdross antwortet eben nicht auf die Frage nach dem Wesen des Völkerrechtes, sondern nur auf die Frage, wie sich das Völkerrecht staatsrechtlich, *also rechtsinhaltlich* konstruieren lasse! Er sagt uns nicht, was es sei, sondern nur in welcher Form es in das Recht eines Staates eingehe. Er gibt uns kein Bild, sondern nur eine juristische Projektion des Völkerrechts. Danach erscheint dann die Wesenstatsache der Unterordnung der Staaten unter eine überstaatliche Macht rechtsinhaltlich als die bloße „Formalität", daß ein „staatlicher" Rechtssatz nur unter der Bedingung der Zustimmung anderer Staaten aufgehoben werden wolle. (Vgl. eine ähnliche Kennzeichnung der Konstruktion v. Verdross bei Weyr, *Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen,* Juristische Blätter, 1916, S. 389.) Die Lehre von v. Verdross ist eine Modifikation der Lehre Ph. Zorns, *Die deutschen Staatsverträge,* Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft, XXXVI, 1880, S. 9/10, nach welcher das Völkerrecht nur eine inhaltliche Abart des Staatsrechts, das *äußere* oder dasjenige Staatsrecht ist, das auf außerterritoriale Verhältnisse Bezug hat. Diese Auffassung nimmt A. Zorn (*Grundzüge des Völkerrechts.* 1903, S. 8/9) zur Grundlage. Vgl. bereits Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts,* 1877. S. 19. Gegen die Zurückführung des Völkerrechts auf den Willen des Staats vgl. auch L. v. Bar, *Grundlage und Kodifikation des Völkerrechts,* Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil., VI, S. 147; Schoen, *Zur Lehre von den Grundlagen des Völkerrechts.* Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil., VIII, 1915, S. 305, Anm. 24a. — Eltzbacher, *Totes und lebendes Völkerrecht,* 1916, S. 9/10, gibt im Gegensatz zur herrschenden Lehre zu, daß „eine völkerrechtliche Vereinbarung auch einen weiteren, von ihr selbstherrlich festgesetzten Kreis von Staaten binden *könnte*", nimmt jedoch irrtümlich an, daß derartige Vereinbarungen noch nicht zustande gekommen seien.

rechtsgemeinschaft sei. Es ist das einer der Sätze, die sich aus einem Lehrbuch des Völkerrechts in das andere vererben, ohne den Tatsachen zu entsprechen. Wenn ein neuer Staat von den Großmächten als Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft anerkannt ist, so ist er es ohne Rücksicht darauf, ob ihm etwa irgend ein Kleinstaat die Anerkennung versagt.[1]) Aus der Anerkennung eines Staates seitens der Großmächte ergeben sich aber für alle Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft Völkerrechtspflichten gegen den neuen Staat. Ein Hinweis auf die Stellung der Großmächte innerhalb des Staatensystems der Völkerrechtsgemeinschaft genügt zur Entkräftung sowohl der Lehre von der Unzulässigkeit der Majorisierung eines Staates, wie überhaupt der Lehre von der Gleichheit der Staaten. Viel näher als diese Lehren kommt den Tatsachen des Völkerlebens die Feststellung LAWRENCES,[2]) daß sich die Lehre von der Gleichheit der Staaten überlebt habe und der Doktrin der Vorherrschaft der führenden Gewalten Platz gebe. Besser gesagt hat diese Lehre von der Gleichheit der Staaten überhaupt gar nie den Tatsachen entsprochen, sondern stammt aus der naturrechtlichen Völkerrechtswissenschaft. Europa — lehrt LAWRENCE — kehrt zur Idee eines gemeinsamen Herrschers zurück; es ist allerdings nicht ein Papst oder ein Kaiser, sondern die Vereinigung der Vertreter der führenden Mächte.[3])

Die Übereinstimmung der Großmächte, schreibt LAWRENCE, wird europäisches Konzert genannt, ein Ausdruck, der an-

[1]) Vgl. auch die Lehre OPPENHEIMS, *International Law*, S. 15, nach welcher die Anerkennung eines neuen Staates als Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft durch eine überwiegende Mehrheit der Staaten genügt und die abweichende Haltung eines einzelnen Staates unmaßgeblich ist.

[2]) LAWRENCE, *The Principles of International Law*, 1905, 3. Aufl., S. 242.

[3]) Vgl. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, I[4], S. 6: Der Deutsche Bund „war entstanden nicht durch die völlig freie Entschließung seiner Mitglieder, sondern unter der Mitwirkung der beim Wiener Friedenskongreß vertretenen europäischen Mächte. Er war ein Teil der allgemeinen politischen Gestaltung Europas, die unter gegenseitiger Zustimmung der Großmächte geschaffen worden war; die Bundesakte bildet einen Bestandteil der Wiener Kongreßakte von 1815“.

zudeuten scheint, daß, was die Großmächte übereinstimmend vornehmen, für ganz Europa getan und auch für andere Staaten bindend sei, wenn diese hierüber auch nicht befragt worden sind. Und eine ähnliche Stellung in bezug auf den amerikanischen Kontinent scheint den Vereinigten Staaten zuzufallen. Lawrence[1]) gibt eine kurze Übersicht über die wichtigsten Daten, die diese Auffassung bekräftigen: Der Errichtung des Königreichs Griechenland im Jahre 1832 sind lange Verhandlungen der Großmächte vorausgegangen. Die Türkei ist zu einer Gebietsabtretung an das neue Königreich gezwungen worden, und im Jahre 1863 und auch späterhin sind weitere Regelungen erfolgt. Von 1876 bis 1881 sind die griechischen Ansprüche auf eine Gebietserweiterung verschiedenen Konferenzen und Kongressen vorgelegt worden, und die Türkei ist abermals zu Gebietsabtretungen veranlaßt worden, während 1886, als Griechenland Miene machte, sich einen weiteren Zuwachs mit Gewalt zu verschaffen, es durch eine Blockade der Großmächte dazu gebracht worden ist, hiervon Abstand zu nehmen. Auch das Königreich Belgien verdankt seine Entstehung den Großmächten. Der Pariser Friede im Jahre 1856 war das Werk der Großmächte, und der Berliner Kongreß im Jahre 1878 revidierte den Frieden von San Stefano. Die Großmächte haben die Türkei im Jahre 1856 in die Reihe der Völkerrechtssubjekte und Italien 1867 in die Reihe der Großmächte aufgenommen, sie haben Luxemburg, neutralisiert und Montenegro, Rumänien und Serbien anerkannt. Mit einem Wort: die Großmächte treffen neue Anordnungen, und die übrigen Staaten halten sich daran. Besonders in der Balkanfrage hat sich diese Vorherrschaft der Großmächte zu wiederholten Malen gezeigt. Aus der neusten Geschichte kann dieser Liste Lawrences der Bukarester Friede und die Gründung Albaniens hinzugefügt werden.

Lawrence hebt auch richtig hervor, daß die Autorität der Großmächte beschränkt ist, daß sie sich bloß auf einige Fragen bezieht, während sie in bezug auf die große Mehrheit der Angelegenheiten, die zwischen den einzelnen

---

[1]) A. a. O., S. 242—247.

Staaten entstehen mögen, nicht den Anspruch erheben, gehört zu werden. Und ebenso richtig ist es, daß diese Übermacht der Großmächte nur dann besteht, wenn sie kollektiv vorgehen.[1])

§ 54. Die relative Spärlichkeit der Normen des gemeinen Völkerrechts.

Damit, daß die Normen des sogen. Völkerrechts von einer Macht herrühren, die über den Normadressaten steht, ist jedoch noch nicht gesagt, daß es Rechtsnormen seien. Nicht alle Machtnormen sind Rechtsnormen. Wir haben also weiter zu untersuchen, ob die Macht, von der die Normen des Völkerrechts ausgehen, den Anforderungen, die an eine Rechtsmacht gestellt werden müssen, entsprechen.

Dazu, daß von einer Rechtsmacht die Rede sein könne, haben wir es für notwendig gefunden, daß sie zahlreiche Normen an ihre Untergebenen richte und somit ein relativ weites Gebiet der Lebensverhältnisse durch positive Regelung machtvoll erfasse. Dies trifft nun für die Völkerrechts-

---

[1]) Wenn Liszt (*Das Völkerrecht*, 3. Aufl., 1904, S. 58/59) dagegen der Meinung ist, daß die Normensetzung durch die Großmächte nur partikuläres Völkerrecht zu schaffen vermöchte, und daß dieses zu allgemeinem Völkerrecht nur durch die ausdrückliche *oder stillschweigende* Anerkennung von seiten der übrigen Staaten würde, so ist damit angesichts der Tatsache der fortwährenden Befolgung dieser Normen durch die übrigen Staaten nur scheinbar etwas anderes gesagt. „Die rechtliche Intensität der Herrschaft nach außen“ — lehrt Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, I, 1897, S. 79 — „d. h. im Verhältnis zu anderen Staaten, ist prinzipiell für jeden Staat die gleiche, der eine Staat kann nicht mehr Macht gegenüber anderen Staaten in Anspruch nehmen, als er jenen selbst zuerkennt.“ Allerdings bemerkt Zitelmann hierzu: daß diese Gleichberechtigung *noch nicht* vollständig durchgeführt sei, „auch für die anerkannten Kulturstaaten noch nicht“. — Die Verwechslung des Anteilhabens an einer Macht mit dem Nichtuntergeordnetsein unter diese Macht kommt auch in anderem Zusammenhang nicht selten vor. So folgert z. B. Jhering (*Geist des röm. Rechts*, I, S. 209 ff.) aus dem Umstande, daß in der römischen Urzeit jeder Bürger an der Staatsmacht Anteil hatte, daß er dieser Staatsmacht nicht untertan gewesen sei, und daß das Gesetz dieser Zeit als Vertrag, der Staat dieser Zeit nicht als eine den Individuen übergeordnete Macht aufzufassen sei.

gemeinschaft nicht zu. Im Verhältnis zu dem unermeßlichen Gebiet staatlicher Betätigung ist es nur ein relativ enger Kreis, in dem sich die Normen des Völkerrechts bewegen. Sie erfassen nur einen geringen Ausschnitt aus den Lebensverhältnissen ihrer Adressaten.

Zur Bekräftigung dieser Tatsache können wir vor allem die Ansicht Triepels[1]) anführen, daß es überhaupt gar kein allgemeines, sondern nur partikuläres Völkerrecht gebe; nur Sätze, die für zwei, drei, viele Staaten gelten, niemals aber Sätze, die für alle Staaten gölten. Diese Behauptung ist allerdings übertrieben, aber es ist für die geringe Zahl der allgemeinen Völkerrechtsnormen jedenfalls bezeichnend, daß diese Ansicht überhaupt aufkommen konnte. Die geringe Zahl der hieher gehörigen Vorschriften wird übrigens öfters betont, nur wird die Schlußfolgerung, die wir damit verbinden, daraus nicht gezogen, weil man gewöhnlich übersieht, daß es zum Begriffe einer Rechtsmacht unerläßlich ist, daß sie zahlreiche Normen setze und damit auch einen weiten Kreis der Lebensverhältnisse ihrer Adressaten ergreife. „Positive Völkerrechtssätze, die wirklich allgemeine wären, gibt es nur sehr wenige“ — betont auch Nippold,[2]) und Heilborn[3]) hebt zur Widerlegung Triepels hervor, daß „die Zahl der allgemeinen Vereinbarungen auch gegenwärtig noch so gering sei, daß es keinen Zweck hätte, um ihretwillen die Frage nach der Möglichkeit und der Existenz eines gemeinen Völkerrechts aufzuwerfen. Das gemeine Völkerrecht ist aber der Hauptsache nach Gewohnheitsrecht“. „Daß ein Kreis von Rechtsnormen in dem angegebenen Staatenkreise wirklich allgemein gilt — sagt Heilborn —, wird *dem aufmerksamen Beobachter* nicht entgehen.“ Als Ergebnisse einer solchen Beobachtung führt er folgendes an: „In dem seiner Natur nach immer begrenzten Staatenkreise erkennt ein jeder die übrigen als Rechtsgenossen, als unabhängige völkerrechtliche Personen an: das schließt ein die Zuerkennung gewisser Eigenschaften und Fähigkeiten, sowie bestimmter Rechte, nämlich die prinzipielle

---

[1]) Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, S. 84.

[2]) *Der völkerrechtliche Vertrag*. 1894. S. 29.

[3]) Heilborn, *Grundbegriffe des Völkerrechts*, 1912, S. 57.

Gleichheit, die Fähigkeit zur Vertragschließung, zur Bestellung von Organen, zur Ergreifung der Selbsthilfe — weiter Rechte in bezug auf Gebiet und Untertanen." Es wird auffallen, daß hiermit größtenteils ein Gebiet von nicht positiv geregelten und *dadurch* als frei zu betrachtenden Lebensverhältnissen, das Umstrittene Gebiet des „Dürfens" genannt ist. Zu verweisen sei nach HEILBORN ferner „auf gewisse Normen des Vertragsschließungs-, Gesandtschafts-, Konsular- und Schiffsrechts, ohne daß damit die Liste erschöpft sein sollte".[1])

Also nicht nur die Ansicht, daß es kein gemeines Völkerrecht gebe, sondern auch die Art und Weise, wie sie widerlegt wird, ist für die Tatsache, daß die Normen des gemeinen Völkerrechts nicht allzu dicht gesät sind, gleichermaßen bezeichnend. Diese Tatsache ist der Hauptgrund dafür, daß wir den Normen des sogen. Völkerrechts die Rechtsnatur nicht zuerkennen können. Man kann nicht sagen, daß das Völkerrecht die Staaten in ihrem ganzen Wesen packte und sie zu einem in diesem Sinne gewöhnlichen, in der Regel statthabenden Gehorsam anhielte. Wir sprechen in bezug auf die Individuen niemals von einer rechtlichen Regelung, wenn sie durch einen Machthaber keiner weitergehenden Regelung unterworfen sind als die Staaten seitens der Völkerrechtsgemeinschaft. Die primitivste Horde packt ihre Glieder unvergleichbar fester.

Die Spärlichkeit der Normen des Völkerrechts wird uns noch deutlicher werden, wenn wir uns keiner Täuschung darüber hingeben, daß ein großer Teil der sogen. Völkerrechtssätze nicht nur keine rechtlichen, sondern überhaupt keine Normen, sondern nur zur freien Benützung gestellte, von der Zustimmung des Adressaten abhängige Möglichkeiten, fromme Wünsche, Ratschläge usw. enthält. Das ganze Kapitel über die Beilegung von Streitigkeiten enthält kaum einige Normen. Ein Satz, der da lautet, tue das oder jenes, falls es dir beliebt, ist eben keine Norm. Sub hac conditione, „si volas", nulla fit obligatio, lehrte schon POMPONIUS. Es ist ein seit

[1]) Vgl. L. OPPENHEIM, *Die Zukunft des Völkerrechts*, in der Festschrift f. KARL BINDING, I, 1911; SCHOEN, *Zur Lehre von den Grundlagen des Völkerrechts*, Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilos., VIII, 1915, S. 301.

Grotius bekanntes und auch nicht unberechtigtes Bestreben, mit Hilfe von Darstellungen des Völkerrechts die Sache des Völkerrechts selbst vorwärts zu bringen. Es entstehen auf diese Art Lehrsysteme des Völkerrechts, wie manchenorts Lehrsysteme des Staatsrechts, die fromme oder auch weniger fromme Wünsche für geltende Rechtssätze ausgeben. Wir glauben daher mit Br. Schmidt: „Scheidet man rücksichtslos alle Sätze aus, bei denen weder direkt, noch auch nur mittelbar, durch zwingenden Analogieschluß usw., eine derartige Intention der zur positiven Rechtssetzung allein befugten Potenzen wirklich sich dartun läßt, so *wird gewiß* rein äußerlich *das System des Völkerrechts überaus zusammenschrumpfen*".[1])

§ 55. Die Unbeständigkeit der Völkerrechtsmacht.

Aber auch aus einem anderen Grunde können wir die Macht, die hinter dem Völkerrecht steht, nicht eine Rechtsmacht nennen: sie ist zu unbeständig. Sobald die Teile, aus denen sie zusammengesetzt ist, uneinig werden, sich gegenseitig befehden, ist diese Macht entweder gelockert, oder sie verschwindet ganz und gar. Das ist aber nur zu häufig der Fall. Nicht jeder Gegensatz und auch nicht jeder Krieg innerhalb der Völkerrechtsgemeinschaft ist von dieser Bedeutung. Es kann Zusammenstöße geben, die an der Macht, die über der ganzen Gemeinschaft steht, im Wesen nicht viel ändern. Wenn aber ein Krieg zwischen wesentlichen Teilen dieser Macht entbrennt, so ist damit diese Macht, die hinter dem sogen. Völkerrecht steht, selbst in Frage gestellt. Namentlich im Falle eines Krieges zwischen Großmächten oder gar zwischen Gruppen von Großmächten gerät diese Macht entweder ins Schwanken, oder sie fällt ganz und gar um. Sobald die Großmächte ernstlich uneinig sind, hört die Völkerrechtsgemeinschaft beinahe auf, zu sein.

Es ist also nicht die Tatsache des Krieges an und für sich, durch die die Rechtsnatur der sogen. Völkerrechtsnormen

---

[1]) Br. Schmidt, *Über die völkerrechtliche clausula rebus sic stantibus*, 1907, S. 41, 65/66; vgl. auch Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, S. 352; Fricker, *Gebiet und Gebietshoheit*. 1901, S. 37.

in Frage gestellt würde, wie ab und zu behauptet wird. Mit der Tatsache des Krieges läßt sich der Gedanke eines über den kriegführenden Parteien stehenden Rechts vereinigen. Was hiermit in Widerspruch steht, ist nicht der Krieg an sich, sondern ein Krieg, der die Völkerrechtsmacht zerstört. Wenn die oberste Macht im Inneren irgend einer Gesellschaft so unbeständig wäre wie die, die hinter dem Völkerrechte steht, wenn ihre Glieder z. B. bald Herrscher und Parlament, bald die beiden Kammern, einander so schroff gegenüberständen oder gar sich so rücksichtslos bekriegten wie die Großmächte, würden wir eher von einer chronischen Revolution oder Anarchie als von einem Rechte reden. Es ist ferner auch darauf zu achten, daß die Kriege auch die Geltung eines großen Teiles der Völkerrechtsnormen beeinträchtigen. Die Kriege sind nicht bloß eine Art geregelten Fehdeganges, die den Bestand der übrigen Normen unberührt ließen, sondern sie heben zugleich auch die Geltung eines großen Teiles der Völkerrechtsnormen auf. Dadurch erheben diese Normen selbst nach ihrem eigenen Sinn nicht den Anspruch einer beständigen, sondern nur den einer intermittierenden Geltung. Und was im Falle eines Krieges zwischen Großmächten oder gar Gruppen von Großmächten mit aller unverkennbarer Deutlichkeit zutage tritt, besteht bereits — wenn auch weniger in die Augen springend — im Falle jedes tieferen Gegensatzes zwischen den Großmächten. So oft eine starke Spannung zwischen ihnen entsteht, wankt die Macht, deren Normen wir als gemeines Völkerrecht bezeichnen. Diese Macht ändert sich mit den beständigen Schwankungen der politischen Gruppierungen der Großmächte fortwährend.

Bereits dieses Umstandes halber können wir in der Macht, von welcher die Normen des Völkerrechts ausgehen, keine Rechtsmacht sehen; um so mehr verwehrt er diesen Schluß in Verbindung mit den übrigen diesbezüglichen Gründen.

§ 56. Die unzureichende Befolgung des Völkerrechts.

Ein weiterer Umstand, der bei der Entscheidung der Frage, ob die Normen des sogen. Völkerrechts als Rechtsnormen angesehen werden können, in Betracht kommt, betrifft den

Grad der Befolgung dieser Normen. Es ist eine ständige Klage, daß das Völkerrecht nur zu häufig mißachtet wird, und es ist sogar behauptet worden, daß seine genaue Beachtung bereits durch das Wesen des Krieges ausgeschlossen sei. Es beweist dagegen nichts, daß doch auch im innerstaatlichen Leben Rechtsbrüche vorkommen, ohne daß dadurch die Rechtsnatur der verletzten Normen aufgehoben würde.[1]) Nicht ihr Vorkommen, sondern ihre relative Häufigkeit ist maßgebend. Die innerstaatlichen Rechtsbrüche sind, selbst wo sie am häufigsten vorkommen, doch nur ganz verschwindend im Vergleich zur relativen Häufigkeit der Verletzungen des sogen. Völkerrechts. Und dann darf für die Beurteilung der relativen Häufigkeit der Verletzungen des Völkerrechts auch noch die relativ geringe Zahl der verletzten Normen nicht übersehen werden. Auch ist sowohl hinsichtlich des Kriegs- wie des Friedensrechts nicht zu vergessen, daß es immer gerade die wichtigsten Völkerrechtssätze sind, die verletzt werden. Wo es sich um Nebensächlichkeiten handelt, kann die Befolgung nicht schwer halten, sobald jedoch von Lebensbedingungen der Staaten die Rede ist, wird das Völkerrecht nur zu leicht beiseite geschoben. Als England im Jahre 1883 eine internationale Abmachung über den Suezkanal anregte, lehnte Bismarck eine Beteiligung Deutschlands mit der Begründung ab, daß „die vertragsmäßige Freiheit der Schiffahrt von England doch im Krieg nicht geachtet werden würde und also illusorisch sei".[2])

Auch die Bedeutung der völkerrechtlichen Klausel rebus sic stantibus ist von diesem Gesichtspunkte aus nicht ohne Wichtigkeit. Wenn die Frage auch bestritten ist, so ist es doch schon an und für sich bezeichnend, daß nach einer

---

[1]) Vgl. Br. Schmidt, *Über die völkerr. clausula reb. sic stant.*, 1907, S. 213/14.

[2]) *Erinnerungen an* Bismarck, gesammelt von E. Marcks und K. A. v. Müller, 3. Aufl., 1915, S. 259. Vgl. auch M. Huber, *Kriegsrechtliche Verträge und Kriegsraison*, Zeitschr. f. Völkerrecht, VII, 1913, S. 351 ff.

verbreiteten Auffassung alle völkerrechtlichen Verträge ohne Ausnahme der Klausel unterlägen.[1])

„Keine Großmacht kann“ — nach dem bekannten Ausspruch Bismarcks[2]) — „auf die Dauer im Widerspruch mit den Interessen ihres eigenen Volkes an dem Wortlaut irgend eines Vertrages kleben.“ „Die Haltbarkeit aller Verträge zwischen Großstaaten ist eine bedingte, sobald sie in dem Kampf ums Dasein auf die Probe gestellt wird. Keine große Nation wird je zu bewegen sein, ihr Bestehen auf dem Altar der Vertragstreue zu opfern, wenn sie gezwungen ist, zwischen beiden zu wählen.“[3])

Allerdings kann selbst vom Standpunkt der Annahme dieser Generalklausel nicht behauptet werden, daß sie die völkerrechtlichen Verträge illusorisch mache. Es bedeutet immerhin einen Unterschied, ob ein bestehender Vertrag mit Rücksicht auf die Klausel als nichtig erklärt werden darf, oder ob gar keiner besteht. Aber es ist schließlich doch wieder der Verpflichtete selbst, der darüber zu entscheiden hat, ob die Bedingungen für die Geltendmachung der Klausel vorliegen. Sobald es sich um Lebensbedingungen der Staaten handelt — und wo diese beginnen, ist wieder schwer zu sagen —, steht das vertragsmäßige Völkerrecht sofort auf schwankendem Boden, was bei der besonderen Bedeutung des Vertrags für das Völkerrecht das ganze Gebäude wanken macht.[4])

Es ist von diesem Gesichtspunkte aus beachtlich, daß die Klausel, wie Schmidt gezeigt hat, nicht als Satz des

---

[1]) Vgl. E. Kaufmann (*Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus*, 1911, S. 220) sowie die dort zitierte Literatur; Br. Schmidt, *Über die völkerrechtliche clausula rebus sic stantibus*, 1907; Bismarck, *Gedanken und Erinnerungen*, II, S. 258.

[2]) Bismarcks *Reden*, XII, S. 135/36.

[3]) Bismarck, *Gedanken und Erinnerungen*, II, S. 247.

[4]) Es ist deshalb nicht stichhaltig, wenn Br. Schmidt (a. a. O., S. 4—7, 22—24) in der genannten Klausel keine Eigenheit des Völkerrechts sehen will, da sie auch im innerstaatlichen Recht ihre Bedeutung habe. Ihre Bedeutung für das innerstaatliche Recht ist von der völkerrechtlichen grundverschieden. Im Völkerrecht rüttelt sie an den Grundlagen der Regelung, im innerstaatlichen Recht ist sie eine Bedingung wie tausend andere.

Völkerrechts, sondern nur als tatsächliche Übung aufzufassen ist und daß diese tatsächliche Beschränkung keine Besonderheit des völkerrechtlichen Satzes: pacta sunt servanda ist, sondern für sämtliche Normen des Völkerrechts überhaupt besteht. Es ist eine Klausel für die Befolgung des Völkerrechts überhaupt! „Es gehört ebensogut hierher die Norm von der Unverletzlichkeit der Gesandten, von der gegenseitigen Achtung der exklusiven Territorialhoheit, *überhaupt der Inbegriff aller derjenigen Regeln, die im Laufe der Geschichte allmählich zu anerkannten Sätzen des internationalen Verkehrsrechtes geworden sind.*“[1]) „Wohin wir auch blicken mögen, stets von neuem sehen wir den Tatbestand realisiert, daß bei den Staaten sofort jede Rücksicht auf völkerrechtliche Sätze schwindet, sobald sie von deren Befolgung — mit Recht oder Unrecht — schwerste Gefahren für ihre eigene gesicherte Fortexistenz glauben fürchten zu müssen.“ [2]) Oder wie Zitelmann sagt[3]): „Dies Schauspiel wiederholt sich in der Tat immerfort: die Staaten bekennen sich in staatlichen Äußerungen zu einem Prinzip, und ebenso einmütig ziehen sie seine Folgerungen nicht.“

Wir müssen also der Lehre, daß die Normen des sogen. Völkerrechts wahre Rechtsnormen seien, auch die Tatsachen des geringen Grades ihrer Befolgung entgegensetzen.

In diesem Einwand ist der richtige Teil der oft wiederholten Behauptung, das Völkerrecht sei kein eigentliches Recht, weil es sich nicht oder nicht hinreichend erzwingen lasse, bereits mit inbegriffen. In dem Sinne, in dem der Zwang mit der Rechtsnatur in Verbindung steht, ist er, wie wir gesehen haben, eine Begleiterscheinung der gewöhnlichen Befolgung dieser Normen. Es ist daher ungenau, zu sagen, die Normen des Völkerrechts seien nur deshalb keine eigentlichen Rechtsnormen, weil sie nicht genügend erzwungen

---

[1]) Schmidt, a. a. O., S. 119—123. Vgl. auch Hall, *International Law*, S. 226; Heilborn, *System des Völkerrechts*, 1896, S. 296.

[2]) Schmidt, a. a. O., S. 123.

[3]) Allerdings nicht, um daraus die hier gezogene Schlußfolgerung zu ziehen. *Internationales Privatrecht*, I. S. 80.

werden können; es ist bereits alles Notwendige gesagt, wenn wir ihnen die Rechtsnatur absprechen, weil sie nicht genügend befolgt werden.[1])

§ 57. Die Natur der Normen des sogen. Völkerrechts.

Wir sind auf einem umständlicheren Wege zu dem Ergebnis gelangt, daß die Normen des sogen. Völkerrechts keine eigentlichen Rechtsnormen sind; wir können dazu auch viel einfacher gelangen, wenn wir uns klar machen, daß sie um Rechtsnormen sein zu können, von einer Rechtsmacht herrühren müßten, es aber eine Rechtsmacht über den Rechtsmächten, wie wir bereits gefunden haben, nicht wieder geben kann. Es widerspricht dem Begriff der Rechtsmacht nicht, eine Macht über sich zu haben und deren an sie gerichtete Normen auch zu befolgen, nur kann diese Macht keine Rechtsmacht sein und folglich das Maß der Befolgung ihrer Normen nicht

---

[1]) Die Auffassung Eltzbachers, *Totes und lebendes Völkerrecht,* 1914, S. 2/3, über die Bedeutung der Verletzungen des Völkerrechts geht nach einer anderen Richtung hin zu weit. Eltzbacher nimmt an, das Völkerrecht, das Mitte 1914 gegolten hat, sei im Sturm des Weltkrieges zusammengebrochen, und aus tausend Verletzungen des Völkerrechts sei ein neues hervorgegangen; es habe sich in diesem Kriege durch revolutionäre Rechtsbildung die größte bisher dagewesene Entwicklung des Völkerrechts vollzogen. Von der Analogie einer revolutionären Rechtsbildung könnte man jedoch richtigerweise nur dann sprechen, wenn an die Stelle der alten Völkerrechtsmacht bereits eine neue getreten wäre. Davon kann aber zur Stunde noch nicht die Rede sein. Vom Sekundenzeiger der Weltgeschichte läßt sich eben kein Rechtszustand ablesen; erst wenn die Stunde geschlagen hat, wissen wir, was Rechtens sei. Zur Stunde ist die Analogie eines anhaltenden Bürgerkrieges zutreffender. Während eines dauernden Bürgerkrieges ist aber mit der Rechtsmacht das gesamte Recht in Frage gestellt.

Auch für das Völkerrecht wird alles darauf ankommen, wie die neue Völkerrechtsmacht, die als Phoenix aus diesem Weltbrande hervorgehen wird, beschaffen sein wird und was für Normen sie setzen wird. Die nackten Tatsachen einer häufigen Verletzung des Kriegsrechtes begründen mithin noch kein neues Kriegsrecht, sondern sind nicht mehr und nicht weniger als Verletzungen des alten.

Dazu, daß aus irgend einem Verhalten, neue Normen entstehen, müßte es übrigens auch die Forderung eines ähnlichen Verhaltens für die Zukunft zum Ausdruck bringen.

so weit gehen, daß sie dadurch zu einer Rechtsmacht würde Es ist also ebenso irrtümlich, die Tatsache, daß es eine Macht über den Rechtsmächten geben kann, mit der Natur der Rechtsmacht in Widerspruch zu setzen, wie es irrtümlich wäre, bereits auf Grund des Bestehens einer solchen Macht die von ihr ausgehenden Normen als Rechtsnormen anzusehen.[1])

Eben deshalb brauchen wir auch die im voranstehenden für das gemeine Völkerrecht durchgeführte Untersuchung in bezug auf die verschiedenen partikulären Völkerrechte nicht weiterzuführen. Wir können die Tatsache zugeben, daß es innerhalb der Völkerrechtsgemeinschaft engere Staatengruppen geben kann, die in strammerer Regelung zueinander stehen. Es kann sein, daß sie ausgiebigere und besser befolgte Regelungen einer beständigeren Macht aufweisen, als es die Normen des gemeinen Völkerrechts sind. Man mag das für irgendwelche Staatengruppen innerhalb unseres gegenwärtigen Staatensystemes nachweisen oder für gewisse Staatengruppen der Vergangenheit behaupten, wie z. B. für gewisse dem Papste oder dem römischen Kaiser zu gewissen Zeiten seiner Übermacht unterstehende Staaten, oder in bezug auf die Übermacht des alten Roms[2]) oder etwa für den engen Zusammenschluß bestimmter griechischer Staatenvereine:[3]) alles das kann nichts gegen die grundsätzliche Feststellung beweisen, daß das sogen. Völkerrecht kein Recht ist. Denn wenn der überstaatliche Verband irgendwelcher besonderer Gebilde so weit geht, daß er sich zu einem rechtlichen verdichtet, so ist es damit um den Rechtscharakter der Normen der also verbundenen untergeordneten Gemeinwesen geschehen, wie wir in anderem Zusammenhang, bei der Frage der Staatenverbindungen sehen werden.

---

[1]) Vgl. Austin, *Lectures*, I[5], S. 235 gegen Grotius.

[2]) Siehe darüber den guten Überblick bei Lawrence, *The Principles of International Law*, 3. Aufl., 1905, S. 23—25. „International Law was based upon the doctrine of the fundamental inequality of states." „The Roman Emperor was the political superior of a large number of subordinate rulers."

[3]) Vgl. Br. Keil in der *Einleitung in die Altertumswissenschaft* herausg. von A. Gercke und E. Norden. III, 1912, S. 366—381.

Zugegeben sei aber, daß es schon infolge der Geändertheit des Begriffes des Rechts zu Zeiten eine nicht leicht beantwortbare Frage sein kann, ob irgend ein Zusammenschluß von Staaten die Aufhebung ihres staatlichen Charakters bedeute und eine neue Rechtsmacht hervorgebracht habe, oder ob die verbundenen Rechtsmächte auch fernerhin Rechtsmächte seien. Es gibt Zeiten der Übergänge, die keine scharfen Zäsuren zulassen.

Die Anhänger der Lehre, daß das sogen. Völkerrecht kein Recht im strengen Sinne des Wortes sei, werden gewöhnlich nicht gerade glücklich als „Leugner des Völkerrechts" bezeichnet.[1]) Das Völkerrecht soll aber mit dieser Ansicht nicht geleugnet werden, nur seine Rechtsnatur. Auch die Bezeichnung: Gegner des Völkerrechts ist nicht zutreffend; von einer Gegnerschaft ist noch weniger die Rede.

Es soll also weder gesagt sein, daß diese Normen nicht bestehen sollten, noch daß sie nicht bestünden, oder daß sie nicht eine Verpflichtung für die Staaten bedeuteten: es ist hier bloß von der Feststellung ihrer Normnatur die Rede. Damit, daß von einer Norm behauptet wird, daß sie keine juristische ist, ist nicht auch gesagt, daß sie nicht zu befolgen sei.

Dieselbe Verwirrung der Fragen entsteht aber auch, wenn umgekehrt die Rechtsnatur dieser Normen nur deshalb mit vielem Nachdruck betont wird, damit ihre Befolgung gefördert[2]) oder ein höherer Grad von Verpflichtung zum Ausdruck gebracht werde.

Auch glaube man nicht, es handle sich einfach um eine bloß terminologische Frage. Denn wenn wir die Normen des sogen. Völkerrechts für Rechtsnormen ausgeben, verwischen wir damit den Begriff des Rechts und müssen dadurch in fortwährende Widersprüche geraten.

Auch daß sich die Bezeichnung dieser Normen als rechtlicher so fest eingebürgert hat, ist natürlich von keinerlei Bedeutung.[3]) Diese Namengebung ist nicht aus einer eingehenden Unter-

---

[1]) Siehe z. B. Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts,* 1847, S. 306; Heilborn, *Grundbegriffe,* S. 16.

[2]) So z. B. Clark, *Practical Jurisprudence,* 1883, S. 187.

[3]) Westlake, *International Law,* I, S. 6/7; Brown, *The Austinian Theory of Law,* S. 52.

suchung über die Arten der Normen hervorgegangen,[1]) sondern sie ist teils naturrechtlichen Ursprungs, teils Ausfluß der oberflächlichen Meinung, daß es Rechtsnormen sein müssen, da es staatliche Regelungen sind, teils einfach Ausfluß der noch oberflächlicheren Meinung, daß es gewissermaßen Ehrensache eines Völkerrechtslehrers sei, die Rechtsnatur dieser Art von Normen zu beweisen.

Aus der Stellungnahme, daß die Normen des sogen. Völkerrechts keine wahren Rechtsnormen sind, ergibt sich die Aufgabe, die Art ihrer Normnatur auch positiv zu bestimmen. Oft sind sie als sittliche Normen bezeichnet worden, was natürlich nicht zutrifft, da sie keine absolute Richtigkeit bedeuten und überhaupt heteronomer Natur sind.[2]) Besser ist ihre Einreihung unter die Konventionalnormen. Noch zutreffender ist es, sie gemäß der Eigenart der Macht, von der sie ausgehen, nicht unter eine andere Abart heteronomer Normen zu zwingen, sondern sie als besondere Gattung im Bereiche der heternomen Normen des Handelns gelten zu lassen. Bedürfte es hiefür eines besseren Namens anstatt der irreleitenden Bezeichnung Völkerrecht, und wäre irgendwelche Aussicht vorhanden, daß sich eine so eingebürgerte Bezeichnung durch eine neue ersetzen lasse, so könnten sie einfach *internationale* oder *überstaatliche Normen* genannt werden.

§ 58. Exkurs über den völkerrechtlichen Vertrag.

Wir haben auf den Unterschied zwischen gemeinem und partikulärem Völkerrecht hingewiesen. Insofern das partikuläre Völkerrecht auf dem Wege eines Vertrages der betreffenden Staaten zustande kommt — wir wissen bereits, daß dies nicht immer der Fall ist —, erscheint es als Anwendung des all-

---

[1]) Walker, *A history of the Law of Nations*, 1899, I, S. 45/46; Heilborn, *Grundbegriffe*. S. 15; Maine, *International Law*, 1894, S. 27—29; Voigt, *Das Jus naturale*. II, § 5.

[2]) Austins Bezeichnung „positive morality“ *(Lectures*, I[5], S. 226 ff.) begeht diesen Fehler nicht, da sie mit Konventionalnorm zu übersetzen ist.

gemeinen Völkerrechtssatzes: pacta sunt servanda, also gewissermaßen als völkerrechtliches Rechtsgeschäft.

Auch durch die Zurückführung mancher Sätze sowohl des gemeinen wie des partikulären Völkerrechts auf einen Vertrag dürfen wir uns über die Normnatur dieser Sätze nicht täuschen lassen und namentlich nicht etwa der Meinung sein, daß damit ihre juristische Natur erwiesen wäre.

Ein Vertrag an sich ist noch keine juristische Erscheinung; dazu wird er erst dadurch, daß ihn eine Rechtsnorm für bindend erklärt. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß ein Vertrag schlechthin nicht an und für sich für die Vertragsparteien bindend sei; es ist damit nur gesagt, daß die Vertragsverpflichtung nicht schlechterdings eine juristische Verpflichtung ist. Sie kann nämlich auch als bloße ethische oder auch als konventionelle Verpflichtung bestehen. Es kann aber schließlich ein Vertrag auch *bloß* auf Grund der Individualnormen Geltung beanspruchen, die im Versprechenswillen der Parteien zum Ausdruck gelangen. Es ist dies der Fall, wenn der betreffende Vertrag unter keine höhere Norm des Inhalts: pacta sunt servanda, fällt; wenn er z. B. infolge seiner besonderen Umstände eine Ausnahme von jeder derartigen allgemeinen Norm bedeutet, wie z. B. gewisse Übervorteilungen von Minderjährigen. Eine Verbindlichkeit begründet der Vertrag selbst in solchen Fällen, jedoch nur die durch die Individualnormen der Vertragssetzung selbst von den Vertragsparteien ausgedrückte Verbindlichkeit, nicht aber eine Verbindlichkeit, die von irgend einer allgemeinen Norm für den Fall des Vertragschließens gesetzt wäre.[1])

Je nachdem die Verbindlichkeit eines Vertrages *außer* auf die den Vertrag begründenden Individualnormen *auch noch*

---

[1]) Die Lehre v. Bars, daß die Verbindlichkeit des im Vertrage erklärten Willens nur durch eine über den Erklärenden stehende Macht oder durch den Glauben an die Notwendigkeit des Worthaltens und an eine den Wortbrüchigen treffende Vergeltung begründet werden könne, ist daher nicht stichhaltig. Siehe L. v. Bar, *Grundlage und Kodifikation des Völkerrechts*, Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilos., VI, 1912/13, S. 145/46. Es bedarf wohl keiner besondern Hervorhebung, daß nach der hier dargelegten Auffassung der Vertrag nicht einfach als Willenseinigung, sondern als Normsetzung aufgefaßt ist.

auf irgend eine über den Erklärenden stehende Norm des Inhalts: pacta sunt servanda gegründet ist oder nicht, können wir (durch eine übergeordnete Norm) *gestützte* und isolierte Verträge unterscheiden.

Die Verbindlichkeit eines gestützten Vertrages kann demnach so verschiedener Art sein, als es verschiedene Arten von Normen des Inhalts: pacta sunt servanda gibt.[1] Dabei kann ein Vertrag auch durch mehrere Normen des angegebenen Inhalts gestützt sein.

Es ergibt sich aus dem Gesagten, daß die Vertragsnatur des überwiegenden Teiles der Völkerrechtssätze nichts über die Rechtsnatur dieser Sätze aussagt. Die Frage nach der Normart der völkerrechtlichen Verträge ist dieselbe Frage wie die nach der Normart der Völkerrechtssätze überhaupt.

Die partikulären völkerrechtlichen Verträge sind zunächst durch die gemeine Völkerrechtsnorm, nach welcher die Verträge gehalten werden sollen, gestützte Verträge. Des weitern sind sowohl die partikulären wie die allgemeinen völkerrechtlichen Verträge auch durch entsprechende ethische und konventionelle Normen gestützte Verträge. Es können solche Verträge schließlich auch durch irgendwelche juristische Normen desselben Inhalts gestützt sein, wenn nämlich irgend eine Rechtsnorm die Erfüllung der mit einer fremden Rechtsmacht geschlossenen Verträge fordert; doch ist durch eine solche Stützung, wie wir bei der Besprechung der Zorn- und v. Verdrossschen Theorien des Völkerrechts gesehen haben, eben nur eine innerstaatliche Verbindlichkeit gesetzt; an das eigentliche völkerrechtliche Problem reicht sie nicht hinan.

Wenn wir jeden partikulären völkerrechtlichen Vertrag als einen durch jene allgemeine Völkerrechtsnorm gestützten ansehen, so wird dadurch das partikuläre völkerrechtliche Vertragsrecht zu einer Menge von Völkerrechtsgeschäften.

---

[1]) Mit dieser Unterscheidung fällt auch der zum Gemeinplatz gewordene Irrtum, die naturrechtliche Vertragstheorie sei *deshalb* unrichtig, weil sie sich in einem Zirkel bewege, indem sie in ihrer Deduktion des Rechtes den Vertrag und damit auch das Recht bereits voraussetze. Man setzt in diesem Vorwurf irrtümlicherweise den Vertrag überhaupt dem juristischen Vertrage gleich.

Diese Unterscheidung ist nicht mit der von Bergbohm herrührenden üblichen Unterscheidung zwischen völkerrechtlichem Vertrag als Rechtsquelle und völkerrechtlichem Vertrag als Rechtsgeschäft zu verwechseln.[1]) Rechtsquelle und Rechtsgeschäft sind keine einander ausschließenden Gegensätze: die sekundäre Rechtsquelle kann als Rechtsgeschäft aufgefaßt werden. Der hier hervorgehobene Unterschied geht vielmehr auf den weiter unten zu behandelnden des primären und des sekundären Rechts hinaus. Es ist ein ähnliches Problem wie dasjenige, „ob die Vereinssatzung objektives Recht, Rechtsnormen, oder nur subjektives Recht, Rechtsgeschäft, darstelle". Wenn man in der Literatur von einer Einigkeit über die Beantwortung dieser Frage nach Oertmann[2]) heute vielleicht weiter entfernt ist als je, so liegt das vor allem daran, daß dabei auf eine Hierarchie der Rechtsnormen keine Rücksicht genommen und infolgedessen außer acht gelassen wird, daß die Setzung einer untergeordneten Norm vom Gesichtspunkte der übergeordneten als Rechtsgeschäft erscheinen kann.[3])

---

[1]) Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie,* S. 88.

[2]) Oertmann, *Die rechtliche Natur der Vereinssatzung,* Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilos., VII, 1913/14, S. 127 ff., wie auch die dort herangezogene Literatur. Die Zusammengehörigkeit beider Probleme wird auch von Oertmann (S. 140) berührt.

[3]) Binding *(Die Gründung des Norddeutschen Bundes,* 1889, S. 69) unterscheidet danach, ob der Inhalt der sich begegnenden Willen gleich oder verschieden ist, die Vereinbarung vom Vertrag. Der Vertrag bewirkte — nach Binding — strenggenommen keine Willenseinigung, sondern nur eine Willensbindung der Parteien, weil die Willen verschiedenen Inhalt besitzen. „Die Verschmelzung verschiedener inhaltlich gleicher Willen" nennt er aber Vereinbarung. Dem müßte jedoch noch hinzugefügt werden, daß jeder Vertrag — um in dieser Terminologie zu sprechen — auch noch die ihm übergeordnete Vereinbarung voraussetzt, dem Vertrag nachzukommen. Dadurch erledigt sich auch die von Binding und von Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht,* 1899, S. 45, 70 verneinte Frage, ob durch einen Vertrag ein „Gemeinwille" gebildet werden könne oder nicht. Jedenfalls steckt in der jedem Vertrag zugrundeliegenden Vereinbarung, den Vertrag zu halten, ein Gemeinwille, womit auch die von Triepel (a. a. O., S. 46) aus dieser Lehre gezogene Folgerung hinfällig wird, daß die Völkerrechtsverträge keine Rechtsnormen abgeben könnten, weil sie keine Willenseinigung und folglich auch keinen „Gemeinwillen" mehrerer Staaten bedeuteten. Vgl.

§ 59. Das Kirchenrecht.

Auch der Streit über die Natur des Kirchenrechts läßt sich nur auf der Grundlage eines festumgrenzten Rechtsbegriffes schlichten. Unter Kirche verstehen wir eine Religionsgemeinschaft, also eine Gesellschaft, die durch das Befolgen bestimmter Religionsnormen gebildet ist. Das Verhältnis der Kirchenmacht zu andern Mächten kann sehr verschieden sein. Da aber gerade dieses Verhältnis einer Macht zu anderen Mächten von entscheidendem Einfluß auf die Lösung der Frage ist, ob den von ihr gesetzten Normen die Rechtsnatur zuzuerkennen ist, so muß dieser Punkt auch für die Bestimmung der Natur des sogen. Kirchenrechts zum Angelpunkt werden.

Das Verhältnis der Macht einer Religionsgemeinschaft zu anderen Mächten ihres Gebietskreises kann sehr verschiedener Art sein. Es gibt Kirchenmächte, die sich zu Zeiten den ständigen Gehorsam aller übrigen Mächte zu sichern wußten: Kirchenstaaten, und es gibt von der Rechtsmacht unterdrückte und verfolgte, verbotene, geduldete oder bevorzugte Kirchen. Daraus, daß wir die Normen so verschiedener Mächte einheitlich als Kirchen*recht* zu bezeichnen pflegen, folgt natürlich nicht, daß sie auch einen einheitlichen Normcharakter aufweisen, und ebensowenig, daß ihnen jedesmal die Rechtsnatur zukäme. Zur Bestimmung der Frage, ob ihnen der Charakter von Rechtsnormen zukommt oder nicht, sind folgende Hauptarten des sogen. Kirchenrechts zu unterscheiden[1]):

---

auch noch Bierling, *Juristische Prinzipienlehre,* II, S. 109; Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs,* II[4], S. 111—159; Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatsverträge,* 1880; Nippold, *Der völkerrechtliche Vertrag,* 1894; Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts;* Pfenninger, *Der Rechtsbegriff und seine Anwendung auf das Völkerrecht,* 1902; G. Grosch, *Der Zwang im Völkerrecht,* 1912; Reinach, *Die apriorischen Grundlagen* in Husserls *Jahrbuch.* I. 1913; Gellmann, *Technik der Staats- insbesondere der Friedensverträge,* Grünhuts Zeitschr., XLII, 1916, S. 679—686; Radnitzky, *Die „Selbstverpflichtung" als Grundlage des Völkerrechts,* Grünhuts Zeitschr., XLII, 1916. S. 687—702.

[1]) Es wird hierbei von jenem Begriff des Kirchenrechts abgesehen, der nichts anderes als die staatlichen Rechtsnormen in bezug auf

1. Es kann eine kirchliche Macht zugleich die höchste irdische Macht besitzen, sie kann also außerdem, daß sie eine religiöse Gemeinschaft ist, zugleich auch eine Rechtsmacht sein. In diesem Falle sind die von ihr gesetzten Normen Rechtsnormen, und zwar *primäres* Recht (siehe unten). Wir pflegen diesen Zustand als Theokratie oder Hierokratie zu bezeichnen.[1])

2. Es kann eine kirchliche Macht einer Rechtsmacht unterstellt sein, also nicht selbst Rechtsmacht sein. In diesem Falle sind wiederum zwei Möglichkeiten zu unterscheiden:

a) Die Rechtsmacht verleiht den Normen der ihr unterstellten kirchlichen Macht den Rechtscharakter. Dadurch werden sie also zu *sekundärem* Recht (siehe unten), wie etwa die Statuten einer Gemeinde. Es gibt in diesem Falle ein Kirchenrecht, wie es ein städtisches Recht im Staate gibt; es ist nur ein anderer Name für einen bestimmten Teil des Staatsrechtes. Es ist zu einer besonderen Art staatlichen Verwaltungsrechts geworden, das wieder verschiedene Gestaltungen erfahren kann, so verschiedene wie das sekundäre Recht überhaupt. Es kann z. B. der Rechtscharakter bloß den Normen *einer* Kirche verliehen sein (Staatskirchentum), oder er kann an verschiedene Kirchen gleichmäßig oder auch nicht gleichmäßig vergeben sein.

b) Eine andere Möglichkeit für die Normen einer Kirche, die einer Rechtsmacht untersteht, besteht darin, daß ihnen diese den Rechtscharakter nicht zuerkennt oder gar direkt aberkennt (und diesen Standpunkt auch durchzuführen imstande ist). Die kirchlichen Normen sind sodann nicht Rechts-, sondern nur Konventionalnormen, die Kirche wird dadurch ein Verein unter den Vereinen. Es ist dies das sogen. Prinzip der Trennung von Staat und Kirche. Innerhalb dieses Prinzips sind dann wiederum so viele besondere Gestaltungen möglich, als es überhaupt verschiedene Verhältnisse zwischen Rechts- und Konventionalnormen geben kann.

Religionsgemeinschaften bedeutet; denn der Rechtscharakter dieser Normen ist ja unbestritten. Vgl. Holliger, *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öff. und dem Privatrecht,* 1904, S. 29.

[1]) Vgl. hierüber Treitschke, *Politik,* II, § 14, S. 18—52.

Die Feststellung des tatsächlichen Verhältnisses zwischen einer gegebenen Kirchenmacht und anderen Mächten kann Schwierigkeiten bereiten, besonders in Übergangszeiten, wenn die Vorherrschaft hin- und herwogt, wenn von gegenüberstehenden Ansprüchen bald der eine, bald der andere Verwirklichung findet. Zu Zeiten des Kampfes kann es unter Umständen schwer sein, zu bestimmen, wo die Rechtsmacht sei. So mag es für Zeiten schwer zu sagen sein, ob z. B. die katholische Kirche tatsächlich eine Rechtsmacht gewesen sei und ihren Anspruch auf Überordnung anderen Mächten gegenüber in der Welt der Wirklichkeit durchzusetzen vermochte.[1])

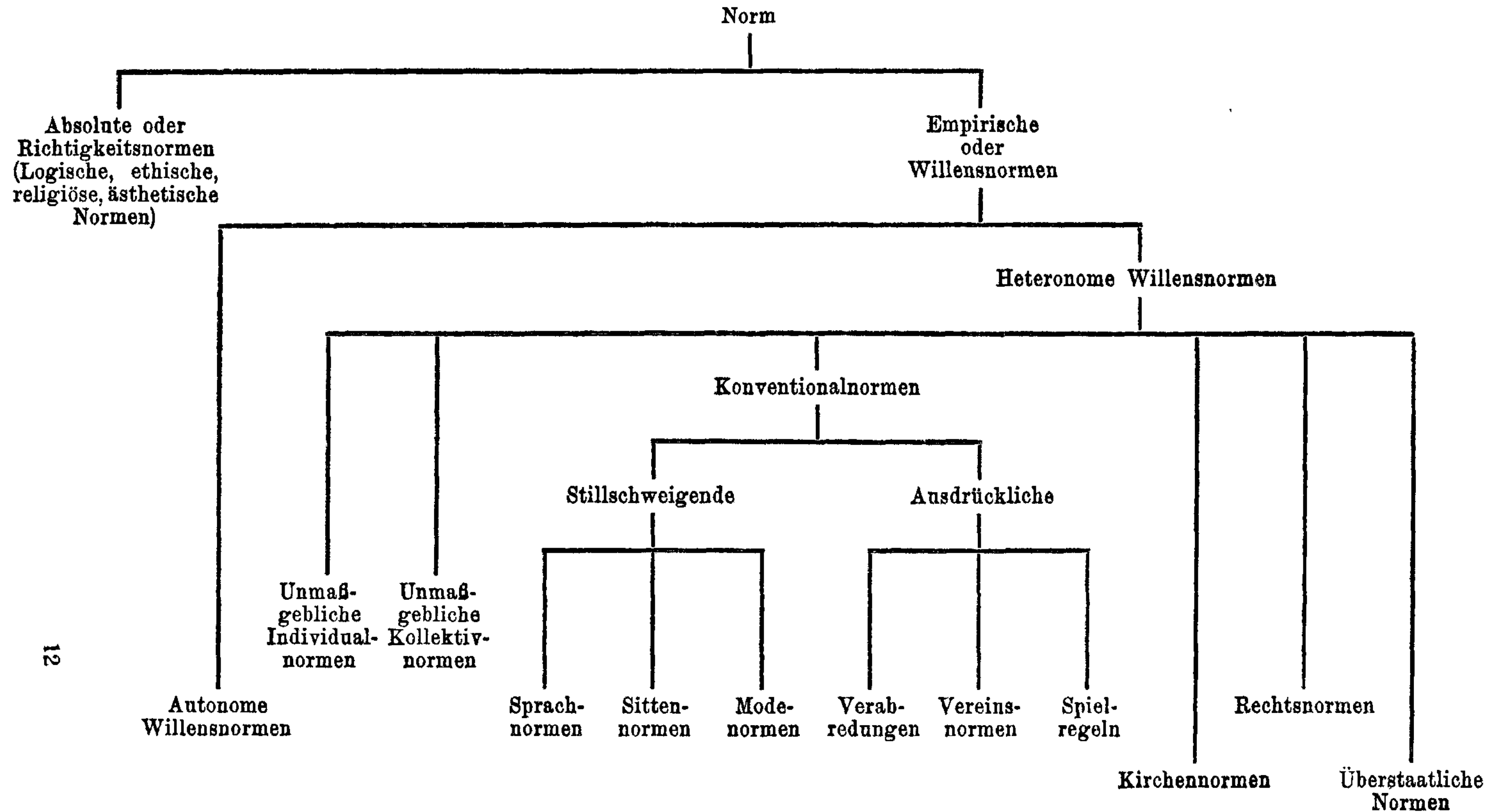
Natürlich ist für die Rechtsnatur irgendwelcher kirchlichen Normen der von ihnen selbst erhobene Geltungsanspruch unerheblich. Das folgt bereits daraus, daß sich das Recht nicht durch einen besonderen Geltungsanspruch von Normen anderer Art unterscheidet.[2])

---

[1]) Vgl. über die historischen Wandlungen des Verhältnisses des Staates zu den christlichen Kirchen P. Hinschius, *Allgemeine Darstellung der Verhältnisse von Staat und Kirche,* 1883, in Maquardsens Handbuch des öff. Rechts, I, Halbbd. I, S. 187 ff., sowie die daselbst angeführte Literatur; Friedberg, *Die Grenzen zwischen Staat und Kirche,* Freiburg, 1872; Friedberg, *Die mittelalterlichen Lehren über das Verhältnis von Staat und Kirche,* Zeitschr. f. Kirchenrecht, Bd. VIII; Martens, *Die Beziehungen der Überordnung, Nebenordnung und Unterordnung zwischen Kirche und Staat,* 1877.

[2]) Gegen die im Text vertretene Auffassung und schwankend Savigny, *System.* I, S. 27; U. Stutz, *Die kirchliche Rechtsgeschichte,* 1905, S. 11, 37 ff.; sich selbst widersprechend Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* 2. Aufl., S. 356/57 u. 379/80; Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte,* S. 259—262; in Widerspruch zu seinem Rechtsbegriff Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts,* 1911. S. 153—159. — Mit der hier vertretenen Auffassung übereinstimmend Ihering, *Zweck im Recht,* I⁴, S. 249/50; Haenel, *Staatsrecht,* I. S. 165. — Vgl. auch noch Bierling, *Jurist. Prinzipienl.,* II. S. 336 ff.; Stutz, *Kirchenrecht* in der Enzyklop. d. Rechtswiss. begr. von Holtzendorff, herausg. von Kohler, 1904, II, S. 904; Hübler, *Zur Revision der Lehre von der rechtlichen Natur der Konkordate,* Zeitschr. f. Kirchenrecht. IV. 1864; Kahl, *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik.* I. 1894. S. 277/78; H. Geffken, *Staat und Kirche;* Sohm, *Kirchenrecht.* I. 1892. S. 1 ff.. 700; Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre,* 1904, II, S. 185/86; Wundt, *Logik.* III. 1895, S. 544/45; vgl. auch die unschlüssigen Ausführungen Windelbands, *Einleitung in die Philosophie,* 1914, S. 311—314: „Kirche als Halbstaat".

Tafel der Normarten.



Eine entsprechendere Bezeichnung der hiehergehörigen Normen (sowohl zum Unterschiede von den Rechtsnormen wie von den Religions- oder Gottesnormen) wäre: *Kirchennorm.* Auch die Bezeichnung Kirchenrecht entspringt nicht einer bewußten Stellungnahme zur Einteilung der Normen, sondern wiederum einesteils einem irrtümlichen undifferenziertem Rechtsbegriff, anderteils Zeiten, in denen die Kirchennormen tatsächlich Rechtsnormen waren. Zur Beibehaltung dieser Bezeichnung trägt dann auch wieder der naive Eifer mancher Kirchenrechtslehrer das seine bei.[1])

Es besteht aber gar kein ernsthaftes wissenschaftliches Bedürfnis nach einem Begriff, der, in unserer Terminologie gesprochen, gerade nur die Arten der Rechtsnorm, der überstaatlichen Norm und der Kirchennorm umfasse.

---

[1]) Vgl. Sohms Ausführungen, *Weltliches und geistliches Recht,* 1914, S.-A. aus der Festgabe für Binding. — Es ist von diesem Gesichtspunkt nicht uninteressant, daß auch die Bierling sche Anerkennungstheorie, zu deren charakteristischen Eigenheiten die Ausdehnung des Rechtsbegriffes auf den Begriff der Konventionalnorm gehört, ursprünglich ebenfalls aus ähnlichen Bedürfnissen hervorgewachsen ist. Siehe Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe,* I, S. 1/2.

Zweiter Teil.

Glieder und Folgen des Begriffes des Rechts.

Sechstes Kapitel.

Rechtsnorm und Rechtstext.

§ 60. Sätze im logischen und im grammatischen Sinne. Seins- und Sollenssätze.

Wir wollen uns nunmehr vor allem zum Oberbegriffe des Rechts zurückwenden und sogar noch einen Schritt nach oben hin über ihn hinaus tun.

Wir unterscheiden zu diesem Zweck den Begriff des *logischen* oder des *Bedeutungssatzes* vom Begriff des *grammatischen oder* des *Sprachsatzes.*[1])

Es kann nämlich vom Begriffe eines logischen Satzes die Worthülle seines grammatischen Ausdrucks gewissermaßen unterschieden werden. Es ist zwar nicht möglich, diese Gesichtspunkte durchweg auseinanderzuhalten, weil bereits im grammatischen Satz ein logischer Gehalt und im logischen eine grammatische Form mitinbegriffen ist; aber es kann immerhin dieselbe logische Bedeutung im Gewande ver-

---

[1]) Begriff und Definition des Satzes und der Satzarten gehören zu den umstrittensten Grenzfragen der Logik, der Psychologie und der Grammatik. Vgl. dazu u. a. WUNDT, *Völkerpsychologie,* I, 2. Teil, S. 227 ff.; PAUL, *Prinzipien der Sprachgeschichte,* 3. Aufl., S. 111; H. MAIER. *Psychologie des emotionalen Denkens,* 1908, S. 360 ff. Wir wollen weder die umstrittenen Begriffsbestimmungen an dieser Stelle im Vorbeigehen erledigen, noch die schwierige Frage der diesbezüglichen Grenzbestimmung zwischen Logik, Psychologie und Grammatik in Angriff nehmen, sondern uns auf das für unsere gegenwärtigen Zwecke unerläßlich Notwendige beschränken. Da auch die diesbezügliche Terminologie ungefestigt ist, geben wir an, in welchem Sinne wir uns ihrer bedienen und wollen uns streng an diesen angegebenen Sinn halten.

schiedener grammatischer Sätze erscheinen und umgekehrt, derselbe grammatische Satz kann verschiedene logische Sätze zum Ausdruck bringen.[1])

Innerhalb des Begriffes des logischen Satzes ist wiederum ein grundlegender Unterschied zu ziehen, je nachdem er eine Seinsbedeutung oder eine Sollensbedeutung hat. Der Unterschied von Sein und Sollen muß sich natürlich auch in entsprechenden Satzarten geltend machen. Wir können diesen Unterschied der logischen Sätze auch als einen Unterschied ihres besonderen Geltungsanspruches bezeichnen.[2]) Die Seinssätze oder auch Aussagesätze erheben den Geltungsanspruch der Wahrheit, die Sollenssätze dagegen erheben einen Sollensanspruch. Die einen wollen wahr sein, die anderen wollen befolgt werden. Es hätte keinen Sinn, von der logischen Bedeutung des Satzes: „komm her" zu sagen, er sei wahr oder nicht wahr.

Der gewöhnliche sprachliche Ausdruck eines Seinssatzes ist der Indikativ, der gewöhnliche Ausdruck eines Sollenssatzes der (kürzere oder längere) Imperativ. Nichstdestoweniger kann der Indikativ auch zum Ausdruck einer Norm dienen. Der grammatische Satz: „du wirst das nicht tun" kann sowohl die Seinsbedeutung haben, nach welcher über das zukünftige

---

[1]) Es ist nicht ungebräuchlich, den Begriff des Satzes im logischen Sinn als „Urteil" zu bezeichnen. Danach wären dann Satz schlechthin und grammatischer Satz identisch. Windelband, *Die Prinzipien der Logik*, 1913, S. 13: „Das logische Grundgebilde, das Urteil, hat seine sprachliche Erscheinung im Satz". Nach einem anderen Sprachgebrauch bedeutet dagegen Urteil nur den Aussagesatz. Vgl. Wundt, *Völkerpsychologie*, I. Bd., 2. Teil, 2. Aufl., S. 235: „Der Satz ist in erster Linie ein sprachliches Gebilde; ein psychologischer Vorstellungsverlauf nur insofern, als dieser wirklich im Satze ausgedrückt wird, und vollends ein logisches Urteil nur unter der Bedingung, daß er direkt eine Aussage enthält". — Maier, *Psychologie des emotionalen Denkens*, S. 380: „Der Aussagesatz ist diejenige Satzform, in der die Urteile, die Erkenntnisvorstellungen, ihren Ausdruck finden".

[2]) Von der sekundären Satzart der Fragesätze sehen wir dabei ab. Vgl. über diese Wundt, *Völkerpsychologie*, I. Bd., 2. Teil, 2. Aufl., S. 262; Maier, *Psychologie des emotionalen Denkens*, S. 378. Über die Einteilung der Satzarten ebenfalls Maier, a. a. O., S. 378 ff.

Eintreten einer Tatsache etwas ausgesagt wird, oder er kann auch die Sollensbedeutung haben: „tu das nicht".

Ob ein grammatischer Satz einen logischen Seins- oder aber einen Sollenssatz zum Ausdruck bringt, läßt sich seiner grammatischen Struktur nicht einfach absehen. Ich kann einem Kinde auf seine Frage, ob es heute ins Theater gehen dürfe, antworten: „nein", oder: „bleibe nur schön zu Hause", oder: „es ist nicht notwendig, daß du schon wieder gehst" usf.; immer habe ich durch diese verschiedenen grammatischen Formen die gleiche Sollbedeutung zum Ausdruck gebracht.

Der Unterschied zwischen dem grammatischen und dem logischen Satz läßt sich gewissermaßen auch dadurch zum Ausdruck bringen, daß wir dem *isolierten Satz* den *Satz im Zusammenhang* entgegenstellen. Der grammatische Satz ist ein isolierter Satz, ein Satz für sich, der ausschließlich aus sich selbst heraus, aus der *Normalbedeutung* der ihn bildenden Wörter und aus der Normalbedeutung der grammatischen Beziehungen dieser Wörter verstanden sein will. Seine Isoliertheit bedeutet eben den Ausschluß aller anderen Umstände bei der Interpretation seiner Bedeutung, als des *Normalwertes* der in ihm enthaltenen grammatischen Formen. Eben deshalb konnten wir ihn auch als Satz im grammatischen Sinne bezeichnen. Der logische Satz hingegen oder *der Satz im Zusammenhang* erhält seine Bedeutung nicht ausschließlich von seiner grammatischen Form, sondern diese ist nur einer der Umstände, die zu seinem Verständnisse berücksichtigt werden müssen. Außer ihr sind auch noch alle übrigen Umstände, die den Satz in dem besonderen Zusammenhang, in dem er erscheint, ergänzen, zu seiner Deutung heranzuziehen. Diese übrigen Umstände können andere Sätze oder auch andere Arten des Ausdrucks von Gedanken (Gesichtsausdruck, Tonfall, Gebärde, die Gelegenheit der Äußerung usw.) sein.

„Du wirst nicht weggehen" bedeutet als isolierter oder grammatischer Satz einfach das der Normalbedeutung seiner grammatischen Form entsprechende Futurum. Als Satz im Zusammenhang kann jedoch diese Form den mit in Betracht kommenden übrigen Umständen gemäß ganz etwas anderes bedeuten, als was der Normalwert seiner grammatischen Form ausdrückt.

§ 61. Das sogen. „formale“ Recht.

Ebenso wie sich der Satz im logischen Sinne vom Satz im grammatischen Sinne gewissermaßen trennen läßt, ist auch der Rechtssatz von den grammatischen Sätzen, in denen er in Erscheinung tritt, zu unterscheiden. Der Begriff des Rechtssatzes ist mit dem Begriff der Rechtsnorm identisch. Wir können statt Rechtsnorm auch immer Rechtssatz sagen und umgekehrt.[1]

[1] Die Tatsache, daß Rechtssatz und grammatischer Satz zu unterscheiden sind, konnte natürlich nicht unbemerkt bleiben und ist schon zu wiederholten Malen ausgesprochen worden. Nur hat sich die bezügliche Terminologie nicht gefestigt, worüber man sich übrigens nicht wundern darf, wenn man bedenkt, wie unbestimmt die entsprechende Terminologie in ihrem eigentlichen Heimatsgebiete, in der Logik und in der Sprachwissenschaft ist. Thöl (*Einleitung in das deutsche Privatrecht,* 1851, S. 96) bezeichnet diesen Gegensatz z. B. als einen der *Sätze* und *Rechtssätze.* „Zuweilen enthält ein Satz mehrere Rechtssätze.“ Weniger deutlich spricht Jhering (*Geist,* I, § 3) von der „Präzipitierung der Rechtssätze zu Rechtsbegriffen“. Ferner: „Die meisten Rechtssätze gestalten sich zu logischen Momenten des Rechtes und diese wieder zu höheren Ordnungen, so daß von eigentlichen Rechtssätzen als solchen sehr wenig zurückbleibt“. Eine gute Terminologie ist bei Kohler (*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,* I, 1906, S. 140) zu finden, der unseren grammatischen Satz als „unmittelbar gegebenen Rechtssatz“ bezeichnet: „Unter Rechtssätzen sind . . . nicht nur die durch das Gesetz und Gewohnheitsrecht unmittelbar gegebenen Rechtssätze zu verstehen, sondern auch alle Rechtssätze, welche die Wissenschaft kraft ihrer Hilfsmittel aus den Rechtsprinzipien ableitet“. Holliger (*Das Kriterium des Gegensatzes zwischen öffentl. Recht u. Privatrecht,* 1904, S. 57) spricht von „zwei Normen in einem grammatikalischen Satze formuliert“. „Grammatikalischer Satz und Rechtssatz sind aber nicht dasselbe.“ Ähnlich wie Kohler bezeichnet den Unterschied Gmür, *Die Anwendung des Rechts,* 1908, S. 72: „Der Gesetzesinhalt ist weit reicher als die Summe derjenigen Rechtsregeln, welche prima vista aus dem Text herausgelesen werden können. Es ergibt sich dies schon daraus, daß durch die textergänzende Auslegung eine große Zahl von Rechtssätzen zu gewinnen sind, die nicht im Texte stehen und dennoch als Bestandteile des Gesetzes anerkannt werden müssen, obschon ihre Existenz nicht formell dokumentiert ist“. Vgl. auch Kelsen, a. a. O., S. 238, Anm.: „Es wäre ein arger Irrtum, wollte man den Rechtssatz, der erst aus den konkreten Gesetzen herauskonstruiert werden muß, mit einem der Sätze im grammatischen Sinne identifizieren, aus denen die konkreten Gesetze aufgebaut werden“. — Gutherz (*Studien zur Gesetzestechnik,* II, 1909, S. 42) nennt „jeden Satz,

Auch die Tatsache, daß wir zur Feststellung der in den grammatischen Sätzen etwa enthaltenen Rechtssätze nicht an der grammatischen Struktur haften bleiben dürfen, ist wiederholt bemerkt worden, namentlich auch, daß die Indikativform auch zum Ausdruck von Normen zu dienen pflegt. Ob ein grammatischer Satz ein Seinssatz oder ein Sollenssatz ist, läßt sich nicht einfach seinem Wortlaute entnehmen, sondern es kommt auf seinen besonderen Sinn an. „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt“, oder: „Wird der Mündel für tot erklärt, so endigt die Vormundschaft mit der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils“ sind grammatische Sätze, die in der grammatischen Form der Aussage eine Sollensbedeutung zum Ausdruck bringen.[1])

Aber auch umgekehrt, ein grammatischer Satz, der wirklich nur einen Seinsgehalt zum Ausdruck bringen will und tatsächlich auch seinem Sinne nach, nicht bloß seiner grammatischen Form nach, keine Sollensbedeutung hat, enthält demnach keinen Rechtssatz, weil er überhaupt keine Norm enthält. Wenn nun ein solcher Satz auch in einem Gesetz steht, ist er doch kein Rechtssatz. Eine mathematische Formel, wenn sie auch in einem Gesetzbuche stünde, würde dadurch nicht zu einer Rechtsnorm. Die Ehrung des Andenkens oder die Anerkennung der Verdienste irgend eines großen Mannes,

---

der den Bestandteil eines Gesetzes bildet“, weniger zutreffend einen „Ausspruch“. Unklar Weyr (*Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen,* „Juristische Blätter“, 1916, S. 388, Anm. 2), wonach unter einer Rechtsnorm nur ein solcher Rechtssatz zu verstehen sei, der eine Pflicht setzt. Danach könnte es mithin Rechtssätze geben, die keine Pflicht begründen.

[1]) Jhering, *Geist,* II², 2. Teil, S. 341: „Ob das Imperativische im Ausdruck selbst liegt, ist gleichgültig, es liegt in der Sache, in dem Gedanken; in dem Munde des Gesetzes hat das ‚Ist‘ die Bedeutung des ‚Seinsollens‘ (z. B. die Klage *ist* verjährt mit 2 Jahren = soll verjährt sein)“. — Paul, *Prinzipien der Sprachgeschichte,* 3. Aufl. S. 120; Maier, *Psychologie des emotionalen Denkens,* S. 622; Reinach, *Die apriorischen Grundlagen,* Husserls Jahrbuch, I, S. 803; Brodmann, *Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur,* 1897, S. 26ff.; Gutherz, *Studien zur Gesetzestechnik,* II, 1909, S. 42/43.

wenn sie auch seitens der Rechtsmacht und in der gewöhnlichen Gesetzesform geschieht, schafft keinen Rechtssatz.

Man hat grammatische Sätze, die keine Rechtsnormen enthalten, jedoch von der Rechtsmacht zwischen Sätze eingestreut sind, die Rechtsnormen zum Ausdruck bringen, nicht ganz einwandfrei als „formales" Recht und namentlich als „formales" Gesetz bezeichnet. Der Ausdruck ist irreführend, denn es ist ein Nicht-Recht, es sind Sätze, die bloß der größeren Feierlichkeit halber oder aus irgend einem anderen Grunde zwischen Rechtsnormen eingestreut worden sind. Eine Rechtsnorm muß vor allem eine Norm sein; Recht ist nur der Inbegriff der *Normen*, die von einer Rechtsmacht ausgehen, nicht aber auch irgendwelcher anderer Sätze dieser Macht. „Zuweilen enthält ein Satz" — lehrt THÖL[1]) — „außer einem Rechtssatz noch manches andere der verschiedensten Art, z. B. den Nützlichkeitsgrund des Rechtssatzes, eine Klugheitsregel, eine Entschuldigung, eine Bitte, eine Empfehlung. Passend nennt man die Worte des Satzes, welche den Rechssatz enthalten, *dispositive*, die anderen, welche da sind, ohne bestimmend zu sein, *enunziative* Worte. Es ist aber ein ungenauer Sprachgebrauch, welcher sagt: Ein Rechtssatz (ein Gesetz) sei teils dispositiv, teils enunziativ; man sollte sagen: ein Satz enthält in einem Teil seiner Worte einen Rechtssatz (ein Gesetz), in dem anderen Teil enthält er etwas anderes."[2])

Es stehen diese Ausführungen nicht in Gegensatz zu der früher betonten Lehre, daß es kein inhaltliches Merkmal dafür gibt, ob eine Norm eine Rechtsnorm sei. Sobald einmal ein Satz als eine Norm erkannt ist, gibt es weiter in der Tat kein inhaltliches Merkmal dafür, ob er eine Rechtsnorm ist oder nicht. Jede von einer Rechtsmacht ausgehende *Norm* ist eine Rechtsnorm. Dagegen ist es eine Frage des Geltungsanspruches eines Satzes, ob er eine Norm ist oder nicht, und

---

[1]) THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851, S. 98.

[2]) Vgl. auch BIERLING, *Kritik*, II, S. 299/300, Anm.; DEL VECCHIO, *Il concetto del diritto*, S. 81; ANSCHÜTZ, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formalem Gesetz*, 1891; dazu KELSEN, *Hauptprobleme*, S. 538/39.

dieser Geltungsanspruch des Satzes mag allenfalls auch zu seinem Inhalt gerechnet werden. Bei der Vieldeutigkeit und Relativität der Bezeichnungen von Form und Inhalt ist dagegen nichts einzuwenden Es käme demnach doch höchstens auf den Inhalt (in diesem weiten Sinne des Wortes) eines Satzes an, ob er eine Norm ist oder nicht, jedoch nicht mehr auf den Inhalt einer Norm, ob sie eine Rechtsnorm ist oder nicht.

Wenn aber nun ein wirklicher Rechtssatz, also eine Norm der Rechtsmacht bestimmte, daß auch derartige Sätze Rechtssätze seien? Wir hätten es sodann mit einem rechtsinhaltlichen Begriffe des Rechts im Gegensatz zu dem juristischen Grundbegriffe des Rechts zu tun. Der Rechtsinhalt mag über den Grundbegriff was immer aussagen, dieser bleibt dadurch in seiner juristischen Bedeutung nichtsdestoweniger unerschütterlich für die Jurisprudenz bestehen. Es ist nur noch ein Rechtsinhaltsbegriff hinzugekommen, dem bloß die Bedeutung zusteht, anzugeben, was unter Recht verstanden werden soll, wenn die betreffende Rechtsmacht diesen Ausdruck gebraucht. Die rechtsinhaltliche Definition des Rechts gibt also nicht an, was Recht *ist*, sondern nur, was unter der Bezeichnung Recht im Munde der Rechtsmacht zu verstehen sei. Jede Jurisprudenz bedarf aber als einer ihrer unentbehrlichen Voraussetzungen auch der Festlegung dessen, *was Recht ist.* Die rechtsinhaltliche Definition des Rechts ist also nicht einfach „unverbindlicher“ Gesetzesinhalt, wie es Eisele nennt. Sie ist unverbindlich bloß in bezug auf das Wesen des Rechts, gilt jedoch in anderer Hinsicht.

§ 62. Die Legaldefinitionen und Legalkonstruktionen.

Ob nun in irgendwelchen von der Rechtsmacht ausgehenden Sätzen überhaupt Normen enthalten sind oder nicht, ist eine Tatsachenfrage. Findet sich in einem Gesetz z. B. eine Einteilung, die zu seinem Verständnis überhaupt nichts beiträgt und die auch vom Gesichtspunkte des Wortgebrauches des Gesetzgebers gänzlich unerheblich ist, so ist sie keine Norm.[1]

---

[1] Eisele (*Unverbindlicher Gesetzesinhalt,* S. 40) nennt als Beispiel einer überflüssigen und bedeutungslosen Einteilung den art. 649 des code

Damit ist die Bedeutung der sogen. „begriffsentwickelnden Rechtssätze“ oder „Legaldefinitionen“ überhaupt gelöst. Sie dürfen, wie die Sätze der Rechtsmacht überhaupt, nicht aus ihrem Zusammenhang herausgerissen für sich und auch nicht rein ihrer grammatischen Form nach beurteilt werden, sondern sind mit den übrigen in Zusammenhang zu bringen. Wenn dies gelingt, so gewinnen sie Anteil an der logischen Struktur der übrigen Sätze und erweisen sich dadurch als Normen. Sie enthalten sodann die Forderung, die in ihnen definierten Ausdrücke immer in einem bestimmten Sinne zu verstehen. Es sind eben, wie Bierling bemerkt, „ausdrückliche Erklärungen, was gewisse im Gesetz gebrauchte Worte ausdrücken sollen. Darin liegt aber selbstverständlich auch die Forderung, daß diese Erklärung bei der Auslegung aller Gesetzesstellen beachtet werde, in denen die betreffenden Worte vorkommen, es sei denn, daß sich für einen einzelnen Fall ein abweichender Gebrauch nachweisen läßt; und es ist schlechterdings kein Grund abzusehen, warum diese Forderung nicht genau so rechtsverbindlich sein sollte wie irgend eine andere Bestimmung des Gesetzes“. [1])

Die in der Form einer Legaldefinition ausgedrückte Norm ist also einerseits um nichts weniger verbindlich als andere Normen der Rechtsmacht; sie ist aber anderseits natürlich auch um nichts verbindlicher, als es die übrigen Rechtsnormen sind, d. h. wenn der Gesetzgeber von ihr abweicht, so ist die Abweichung ebenso verbindlich. Schließlich steckt ja in jedem

---

civil: „les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers“. Ich lasse es dahingestellt sein, ob das Beispiel richtig gewählt ist. Jedenfalls lassen sich Fälle denken, in denen ein Gesetzbuch eine Einteilung enthält, die den Norminhalt um gar nichts vorwärtsbringt, sondern ein (gleichviel, ob an sich gelungener oder gar mißlungener) logischer Flirt des Gesetzgebers ist.

[1]) Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, IV, S. 221 ff., I, S. 71/72; *Kritik*, II, S. 25, 28 29; Thöl, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, 1851, S. 101; Windscheid, *Pandekten*, § 27; Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, S. 15; Eisele (a. a. O., S. 47/48) unterscheidet zwischen Legaldefinitionen, die bloße Urteile sein wollen, und solchen, die begriffsentwickelnde Rechtssätze, also Normen sein wollen.

Wortgebrauch des Gesetzgebers gewissermaßen eine, sich aus dem Zusammenhange ergebende, stillschweigende Legaldefinition. Wenn nun ein Widerspruch zwischen einer ausdrücklichen und einer „stillschweigenden" Legaldefinition vorliegt, so ist das bloß ein Spezialfall von Widersprüchen innerhalb der Rechtsordnung und ihre Auflösung eine Interpretationsfrage.

Woran gewöhnlich gedacht wird, wenn die Legaldefinitionen als unverbindlich bezeichnet werden, ist der Umstand, daß die Jurisprudenz *bei der Wiedergabe* des Rechtsinhaltes an die Form, in der er ausgedrückt worden ist, nicht gebunden ist. Sie hat den Norminhalt wiederzugeben, aber sie braucht es weder mit den Worten zu tun, die der Gesetzgeber dazu verwendet hat, noch mit denselben Begriffen; ja, es ist eben eine ihrer vornehmsten Aufgaben, den ermittelten Norminhalt in entsprechendere Begriffe umzuleeren. Wenn sie nun zu diesem Behufe neue Worte prägt oder mit den Worten des Gesetzgebers neue Begriffe verbindet, so hat es den Schein, als wenn sie an die Legaldefinitionen des Gesetzes nicht gebunden wäre, wogegen sie bloß *bei der Wiedergabe* der gesetzlichen Bestimmungen nicht an diese Legaldefinitionen gebunden ist, diese hingegen *zur Ermittelung des Norminhaltes* für die Jurisprudenz durchaus nicht unverbindlich sind.[1][2]

---

[1] Es ist merkwürdig, daß H. Maier, der sonst in ähnlichen Fragen richtig geht, die begriffsentwickelnden und die „aufhebenden" Rechtssätze als „Erklärungen" und „Aussagen" auffaßt *(Psychologie des emotionalen Denkens,* S. 713, 715). Sie sind das nur scheinbar, ihrer grammatischen Form nach; ihrem Sinne nach sind es aber Normen, die also nicht den Geltungsanspruch der Wahrheit, sondern den eines Sollens erheben. Sonst stünden wir wieder vor der Frage, wie denn ein Satz, der als Aussage bloß wahr sein will, ein Rechtssatz sein könnte. Schon damit, daß Maier diese Sätze als „unselbständige" bezeichnet, ist das bereits zugegeben, denn als grammatische Sätze sind sie vollkommen selbständig. Ihre Unselbständigkeit bedeutet mithin gar nichts anderes, als daß sich ihre logische Natur nicht aus ihrer grammatischen Aussageform bestimmen läßt, sondern daß sie an der logischen Natur der Sätze Anteil haben, denen gegenüber sie unselbständig sind.

[2] Ganz dasselbe wie für die Legaldefinitionen gilt auch für die Legalkonstruktionen, das ist, um mit Eisele (a. a. O., S. 49) zu sprechen, für das analytische Verfahren, das den Zweck hat, „das Neue, Verwickelte, anscheinend ganz Eigenartige (Spezifische) auf schon bekannte,

§ 63. Zur „Normentheorie“ Bindings.

In diesem Zusammenhange können wir nochmals der Normentheorie Bindings gedenken, die wohl Richtiges enthält, jedoch den Verschiedenheiten der grammatischen oder der Ausdrucksform von Rechtssätzen eine ihr durchaus nicht zukommende

---

allgemein logische oder juristische Elemente zurückzuführen“. Die juristische Konstruktion ist eigentlich nur ein Spezialfall der Definition. Es kann deshalb eben wieder nicht der Meinung Eiseles beigepflichtet werden, daß die juristische Konstruktion zu den Dingen gehörte, „welche nicht Sache des Gesetzgebers sind, und worin er, wenn er trotzdem sich damit befaßt, keine den Willen bindende Wirkung hervorbringen kann“.

Die juristische Konstruktion kann sehr wohl zu dem Verständnis des im Gesetze ausgedrückten Begehrungsinhaltes beitragen. Liegt aber eine „unrichtige“ Konstruktion des Gesetzgebers vor, so ist damit nicht ohne weiteres ausgemacht, daß *die Konstruktion* nunmehr ganz einfach außer acht zu lassen ist, sondern es liegt vielmehr wieder der Fall eines Widerspruches vor. Es besteht sodann ein Widerspruch zwischen den konstruierten neuen Rechtssätzen und ihrer Konstruktion (oder den konstruierenden Rechtssätzen), und es ist folglich eine Interpretationsfrage, zu ermitteln, in welchen Sätzen der eigentliche Bestimmungswille zum Ausdruck gelangt ist. Die vom Gesetzgeber beigegebene Konstruktion kann unter Umständen ein Beweis für einen gewissen Sinn der konstruierten Rechtssätze sein. Vgl. die Ausführungen Stammlers *(Theorie,* S. 361): „Wenn man sagt, daß ein bestimmtes Gesetz eine *richtige* oder eine *unbegründete* Konstruktion habe, so ist das ein methodischer Fehler“. Und: „Wohl vermag auch ein Recht setzender Faktor einen Irrtum zu begehen. Das kann ihm dadurch nachgewiesen werden, daß man einen *Widerspruch* aufdeckt, in dem sich der fragliche Willensinhalt befindet: aber einen Widerspruch *mit sich selbst,* und nicht einen solchen mit einer konstruierenden Lehre“. — Es verhält sich mit den Konstruktionen des Gesetzgebers insofern nicht anders als mit den Konstruktionen der Rechtswissenschaft; so daß auch vom Gesetzgeber gilt, was Jhering *(Geist des röm. Rechts,* II. Teil, 2. Abt., 2. Aufl., S. 342) von der Rechtswissenschaft sagt: „Um zu konstruieren, muß sie erst interpretieren“. Der Gesetzgeber interpretiert in der Legalkonstruktion seine Normen, und es geht folglich nicht an, sie einfach außer acht zu lassen, wenn andererseits natürlich auch solche Sätze des Gesetzgebers der Interpretation der Rechtsanwendung und der Rechtswissenschaft unterliegen. Unrichtige Auffassungen über die Bedeutung der Legalkonstruktion und über ihr Verhältnis zur wissenschaftlichen Konstruktion finden sich auch bei Jhering, a. a. O., S. 355/56 und Anm. 515. Die richtige Auffassung, daß „die Jurisprudenz hinsichtlich der Gestaltung des Stoffs vollkommen frei (ist), insofern ihm nur in der Form, die sie

Wichtigkeit beimißt. Wenn BINDING[1]) lehrt, der Strafrechtssatz, nach welchem der Verbrecher verurteilt wird, sei nicht der Rechtssatz, den er übertritt, sondern dieser gehe „begrifflich und regelmäßig, aber nicht notwendig auch zeitlich dem Gesetze, welches die Art und Weise seiner Verurteilung anordnet, voraus“, — so ist damit einfach nur auf den abgekürzten Wortlaut des heutigen Strafrechts Rücksicht genommen. Auch die Bemerkung BINDINGS[2]) es habe „Zeiten gegeben, wo dies anders war und die verbrecherische Tat regelmäßig einem Gesetze in engerem Sinn widersprach“, zeigt, daß er unter „Gesetz in engerem Sinn“ bloß den grammatischen Satz, in dem das Gesetz enthalten ist, versteht, während seine „Normen“ Rechtssätze bedeuten, die den grammatischen Sätzen des Gesetzes erst zu entnehmen sind. Es kommt eben nicht bloß auf den Wortlaut, sondern auf den Sinn der Gesetze an. Der „zweiteilige Strafsatz“: wer stiehlt, ist mit Gefängnis zu bestrafen, bedeutet sowohl: Untergebene, stehlt nicht, wie: Richter, verurteilt den Dieb zu Gefängnis, allenfalls sogar: Untergebene, ich, Rechtsmacht, verspreche euch die Bestrafung der Diebe mit Gefängnis. Was für Rechtsnormen in der Hülle eines gegebenen Rechtstextes stecken, ist eine Interpretationsfrage.

ihm verleiht, dieselbe praktische Kraft verbleibt wie in seiner bisherigen“, steht nämlich durchaus nicht im Widerspruch mit der Tatsache, daß das Ausdrucksmittel der Konstruktion dem Gesetzgeber ebenso zusteht. Es ist mithin irrtümlich, wenn JHERING lehrt: „Der Gesetzgeber soll nicht konstruieren, er greift damit in die Sphäre der Wissenschaft über, entkleidet sich seiner Autorität und Macht als Gesetzgeber und stellt sich mit jedem Juristen auf eine Linie“. Und: „Die Wissenschaft soll dem Kaiser lassen, was des Kaisers ist, aber letzterer auch der Wissenschaft, was der Wissenschaft ist“. Was der Wissenschaft (und der Anwendung) ist, kann er ihr gar nicht nehmen, das nimmt ihr auch die Legalkonstruktion nicht. Vgl. auch das unten im Kapitel XIII über die Rechtsdeutung und Rechtsanwendung Auszuführende. Die Frage nach der Bedeutung der juristischen Konstruktion steht im engsten Zusammenhang mit der neuerdings über die Methode und die Aufgaben der Jurisprudenz und der Gesetzesauslegung entstandenen Bewegung, und die Hochflut der diesbezüglich angeführten Literatur ergießt sich folglich auch über diese Frage.

[1]) BINDING, *Normen*, I², S. 3/4.

[2]) Ebenda S. 6.

Es steckt in der BINDINGschen Lehre auch noch der Sprachgebrauch, die sich aus einem ausdrücklich gesetzten Rechtssatze notwendig ergebenden, also darin mitgesetzten Rechtssätze als „ungesetzte" zu bezeichnen.[1])

Der Unterschied zwischen den „Normen" im BINDINGschen Sinn und seinen „Strafrechtssätzen" ist übrigens schon von BENTHAM[2]) hervorgehoben und in Anschluß an ihn auch von AUSTIN[3]) richtig erkannt worden.[4])

---

[1]) A. a. O., S. 153, 156.

[2]) BENTHAM, *Principles of Morals and Legislation,* S. 329: „But though a simply imperative law, and the punitory law attached to it, are so far distinct laws, that the former contains nothing of the latter, and the latter, *in its direct tenor,* contains nothing of the former; yet by implication (and that a necessary one) the punitory does involve and include the import of the simply imperative law to which it is appended". Vgl. ferner BENTHAM, *Traités des legislation,* extrait par DUMONT, vol. III, 1820, S. 199 (zitiert nach BAR, *Gesetz und Schuld,* 1, S. 2): „Dire aux juges faites punir les voleurs, c'est intimer clairement la défense de voler".

[3]) AUSTIN, *Lectures,* II, S. 767: „In most systems of law, a vast number of primary rights and duties are not separated form the secondary: That is to say: The primary right and duty is not described in a distinct and substantive manner; but it is created or imposed by a declaration on the part of the legislature, that such or such an act, or such or such a forbearance or omission, shall amount to an injury: And that the party sustaining the injury shall have such or such a remedy against the party injuring; or that the party injuring shall be punished in a certain manner".

„*Nay, in some cases, the law which confers or imposes the primary right or duty, and which defines the nature of the injury, is contained by implication in the law which gives the remedy, or which determines the punishment.*" „The reason for describing the primary right and duty apart; for describing the injury apart; and for describing the remedy or punishment apart, is the clearness and compactness which results from the separation."

[4]) Vgl. zur „Normentheorie" BINDINGS v. BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht,* I, 1906, S. 2: „Es erfordert nicht viel Verstand und Überlegung zu verstehen. welche Wirkung eine bedingungsweise gemachte Drohung auf den Bedrohten ausüben soll, welche Handlung oder Unterlassung mittels der bedingten Drohung gefordert wird". Und *ebenda,* S. 27: „In Wahrheit ist die Normentheorie nur ein Hilfsmittel der Interpretation des Strafgesetzes durch Formulierung von Verboten und Geboten, wie diese aus dem Text des einzelnen Gesetzes und zugleich unter Berücksichtigung der gesamten Rechtsordnung, zu deren Schutz die Strafgesetze dienen, sich ergeben". Vgl. auch KELSEN, *Hauptprobleme,* S. 270ff.; MAIER, *Psychologie des emotionalen Denkens,* S. 689ff.

Siebentes Kapitel.

Befehlsrecht und Versprechensrecht.

§ 64. Die Arten der Sollenssätze nach ihrem Geltungsanspruche.

Der Begriff des Sollenssatzes, den wir dem Aussagesatze entgegengestellt haben, deckt sich nicht einfach mit unserem Begriff von Norm (oder Forderung), selbst nicht in dem weitesten Sinne des Wortes, in dem wir es gebrauchen. Die Norm ist nur eine Unterart des Sollenssatzes, dessen Systematik wir für unsere Zwecke im folgenden auseinandersetzen:

Vor allem können wir absolute, d. h. solche Sollenssätze unterscheiden, die einen unbedingten oder unmittelbar evidenten Geltungsanspruch erheben. Sie decken sich vollständig mit dem Begriffe der absoluten oder Richtigkeitsnormen. Ihnen stellen wir den Begriff der nicht absoluten oder zufälligen Sollenssätze gegenüber, die kein unmittelbar evidentes, sondern nur ein psychologisch bedingtes Sollen ausdrücken. Der ethische Satz: „tu das Rechte" ist ein absoluter Sollenssatz von unmittelbarer Evidenz. Er ist eigentlich im strengen Sinne des Wortes weder autonom noch heteronom, sondern eben absolut, indem er überhaupt auf keinen „Urheber" zurückgeht. Er ist autonom nur insofern, als wir selbst ihn erkennen und als er nicht von außen her an uns herantritt, aber er ist nicht in dem Sinne autonom, als ob wir selbst ihn setzten. Es ist als absoluter Satz eben gar kein gesetzter.

Der Satz hingegen: „komm her" ist ein psychologisch bedingter, auf eine psychologische Tatsache abgestellter, durch diese gesetzter, in seiner Bedeutung also von ihr abhängiger Satz. Er kann auch unbedingt gelten wollen, aber nur unbedingt innerhalb dieses bedingten Kreises seines Sinnes. Er kann also seinem Inhalte nach unbedingt sein, nicht aber in dem Sinne, daß er unmittelbar evident wäre. Seine Bedingtheit bedeutet seine Gesetztheit im Gegensatz zum ungesetzten absoluten Sollenssatz; innerhalb dieser Gesetztheit kann er jedoch seinem Sinne nach wieder sowohl bedingt als unbedingt gelten.

Die gesetzten Sollenssätze können wir in *Wunsch-* und in *Willens-* (oder *Forderungs-*) *Sätze* scheiden und verweisen diesbezüglich auf das weiter unten über den Unterschied von Wunsch und Willen zu Sagende. „Wenn es nur regnen möchte", „wenn nur jemand den Garten zu gießen käme" sind Wunschsätze; „gieße den Garten" ist hingegen ein Willenssatz.

Die Wunschsätze bringen keine Norm zum Ausdruck; wir brauchen sie daher für unsere weiteren Zwecke nicht näher zu berücksichtigen. Die Willenssätze können wir aber wieder in autonome und in heteronome einteilen. Ein autonomer ist ein Willenssatz, dessen Adressat der Wollende selbst ist; ein heteronomer hingegen, dessen Adressat jemand anderer ist.

Die autonomen Willenssätze nennen wir auch *Vorsätze*, sie stellen Forderungen oder Normen für das zukünftige Verhalten des Wollenden auf. Sie gehören daher in den Bereich unseres Begriffes der empirischen oder Willensnormen.[1])

Innerhalb der heteronomen Willenssätze ist wieder ein Unterschied nach der Art ihres Geltungsanspruches von Wichtigkeit. Der für einen anderen gesetzte Willenssatz kann den Anspruch erheben, ohne Rücksicht auf den Willen des Adressaten zu gelten, wir nennen ihn einen *Befehl*, oder es kann ein heteronomer Willenssatz nur unter der Bedingung der Zustimmung des Adressaten gelten wollen, in diesem Falle nennen wir ihn *Aufforderung* (Bitte, Ratschlag, Warnung usw.).[2])

Während die Befehle (Gebote und Verbote) ebenfalls empirische Willensnormen sind, sind es die Aufforderungen

---

[1]) Da wir für den Begriff der Norm die Allgemeinheit der Forderung nicht für notwendig erklärt haben (oben, § 20), ist auch der auf ein einmaliges Verhalten gerichtete Vorsatz eine Willensnorm in unserem Sinne. H. Maiers (*Psychologie des emotionalen Denkens*, S. 606) „hypothetische Entschlüsse" sind nichts anderes als konkrete Vorsätze, seine „Grundsätze" nichts anderes als allgemeine Vorsätze.

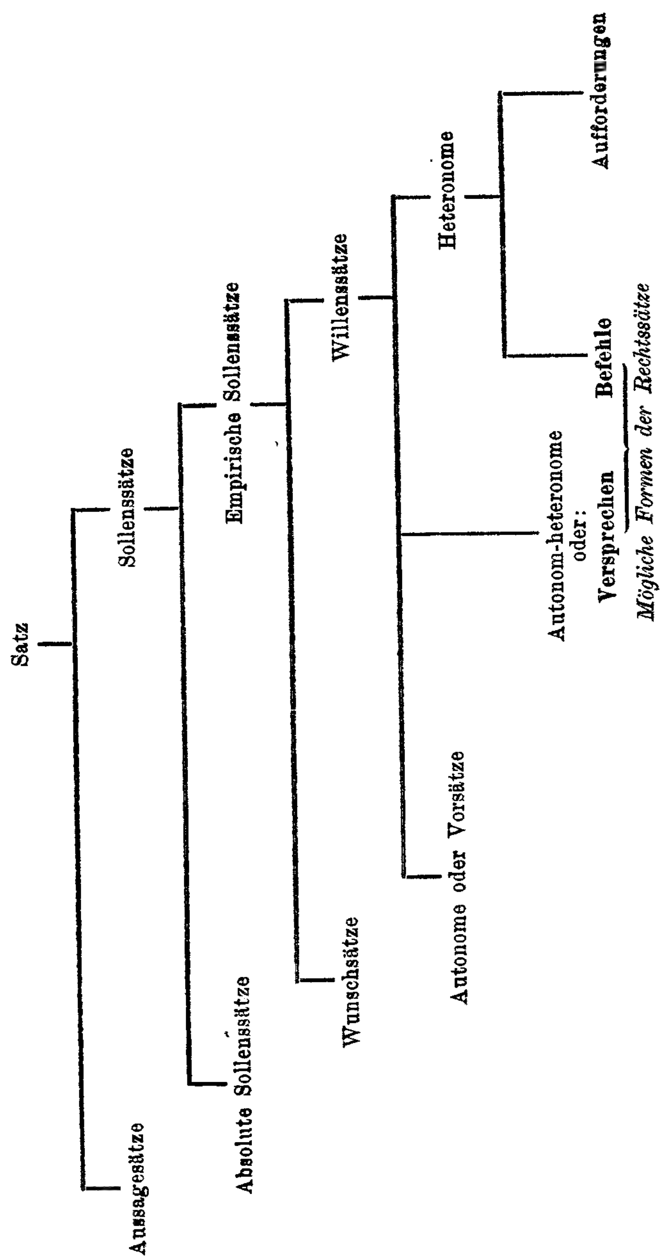
[2]) Der Begriff der Aufforderung ist vom Begriff des Wunschsatzes wohl zu unterscheiden. Der Wunsch, wenn mir nur A ein Glas Wasser brächte, wird zur an A gerichteten Bitte nur dadurch, daß diese auch kausal wirken will, während das Wirken nicht zur Intention des Wunschsatzes gehören kann.

nicht, denn sie enthalten keine Forderungen, sondern nur einen gelinderen, zum Begriff der Norm nicht mehr ausreichenden Grad heteronomen Herantretens an den Adressaten.

Gewissermaßen mitten zwischen den heteronomen und den autonomen Willensnormen, keiner Gruppe dieser beiden zugehörend, steht der Begriff des *Versprechens*. Er bedeutet eine autonome Willensnorm insofern als damit ein Willenssatz gemeint ist, der ein Verhalten des Wollenden fordert; er steht jedoch den heteronomen Sätzen nahe, insofern als jedes Versprechen an einen fremden Adressaten gerichtet sein muß. Dieses an einen Adressaten Gerichtetsein des Versprechens ist mit einer bloßen Mitteilung des betreffenden Willenssatzes nicht zu verwechseln. Ein Vorsatz kann auch mitgeteilt werden, ohne daß er dadurch zum Versprechen würde. Es ist der Sollenssatz des Vorsatzes vom Aussage- (oder Mitteilungs-) Satze, daß ich mir etwas vorgenommen habe, zu unterscheiden. Selbst wenn der Vorsatz eine Gewährung an den Mitteilungsadressaten zum Inhalt hat, wird er durch seine Mitteilung nicht zu einem Versprechen. Ich kann jemand mitteilen, daß ich mir vorgenommen habe, für ihn etwas zu tun, ohne es ihm zu versprechen. Ein Versprechen ist erst dann geleistet, wenn der Versprechende auch an den Willen des Versprechensadressaten gebunden sein will. Es ist also nach dem besonderen Geltungsanspruche des Versprechenssatzes zu dem rein autonomen Element ein heteronomes hinzugekommen, das dem Willen des Versprechensadressaten für das Fortbestehen der autonom gesetzten Verpflichtung eine Bedeutung zulegt, und dadurch unterscheidet sich das Versprechen vom rein autonomen Vorsatz.

Auch die Versprechenssätze sind Abarten der Willensnormen.

Die Sollenssätze enthalten also sowohl Normen als solche Sätze, die keine Normen sind (die Wunschsätze und die Aufforderungen). Wenn wir aus dem Begriffe der Sollenssätze erst die ausscheiden, die überhaupt keine Normen sind, sodann diejenigen ausscheiden, die keine Willensnormen, sondern absolute oder Richtigkeitsnormen sind, aus dem Kreise der Willensnormen aber wieder die rein autonomen weglassen,


Satz
Aussagesätze
Sollenssätze
Absolute Sollenssätze
Empirische Sollenssätze
Wunschsätze
Willenssätze
Autonome oder Vorsätze
Heteronome
Autonom-heteronome oder:
Versprechen
Befehle
Aufforderungen
Mögliche Formen der Rechtssätze

so ergibt sich für den also verbleibenden Kreis der heteronomen Willensnormen ihrem Geltungsanspruche nach der Unterschied zwischen Befehlsnormen und Versprechensnormen. Da die Rechtsnormen aber heteronome Willensnormen sind, so ergibt sich daraus die Tatsache, daß die Rechtsnormen nur Befehlsnormen oder Versprechensnormen sein können. Es ist daher notwendig, die Begriffe des Befehles und des Versprechens näher zu untersuchen.[1])

§ 65. Der Befehl.

Unter Befehl verstehen wir die Äußerung[2]) eines Wollens, das ein Verhalten einer fremden Person[3]) ohne Rücksicht darauf verlangt, ob diese selbst die Befolgung will oder nicht will.[4]) Der Befehl verlangt also eine unbedingte Befolgung in dem Sinne, daß er seine Befolgung nicht von der Zustimmung des Befehlsadressaten abhängig macht. Derart bedingte Willensäußerungen, die ein Verhalten des Adressaten nur unter der Bedingung haben möchten, daß er selbst zustimmt, bezeichnen wir im Gegensatz zum Befehl als Bitte, Ratschlag oder Ermahnung. Eine Bitte, z. B. jemand etwas zu bringen, bedeutet immer die mindestens stillschweigende Bedingung: „*falls* es dem Adressaten beliebt“, „*wenn* er dem Bittenden einen Gefallen tun will“. Der Befehl, jemand etwas zu bringen, bedeutet dagegen die Äußerung dieses Wollens, gerade ohne daß auf die Geneigtheit des Adressaten Rücksicht genommen würde. Der Unterschied des Befehles, gegenüber der

---

[1]) Nach Stammler (*Theorie der Rechtswissenschaft,* S. 317) „gibt es genau so viele Arten von Rechtssätzen, als Grundbegriffe des Rechtes sind“. Da sich uns aber die Grundbegriffe teils als Glieder des Begriffes des Rechts erwiesen haben, die also erst in ihrer Gesamtheit den Begriff des Rechts ausmachen, teils Folgen des Rechtsbegriffes bedeuten, also wieder aus der Gesamtheit seiner Teile fließen, so ist es a priori unmöglich, daß sich nach den Grundbegriffen des Rechts verschiedene Arten von Rechtssätzen bestimmen ließen.

[2]) Vgl. Maier, *Psychologie des emotionalen Denkens,* S. 623, 626/27.

[3]) Abweichend Ehrenfels, *Werttheorie,* II, S. 195, der auch Befehle an sich selbst annimmt.

[4]) Bereits Blackstone, *Commentaries,* 1773, 5. Aufl., I, S. 44: „Counsel acts only upon the willing, law upon the unwilling also“.

Bitte, der Ermahnung usw. liegt also im *Geltungsanspruch* der auf ein fremdes Verhalten gerichteten Willensäußerung. Es kommt auf den Sinn an, in dem die Willensäußerung selbst gelten will, den sie sich selbst beilegt. Die Unterscheidung der Willensäußerungen nach ihrem Geltungsanspruch kommt also *hier* zu ihrem Rechte, und wir sehen nun im Lichte dieser Gegenüberstellung wieder, wie wenig die STAMMLERsche Definition des Rechts zutrifft, wenn sie durch die hier gezogene Unterscheidung des Geltungsanspruches die Rechts- und die Konventionalregel voneinander trennen zu können meint. Wir sehen ferner, daß sich der Begriff der STAMMLERschen Zwangsregelung einfach mit dem Begriffe des Befehles deckt. STAMMLER[1]) erhebt zwar gegen diese Gleichsetzung von vornherein Widerspruch und behauptet, es wäre kein zweifelsfreier Ausdruck, wenn man dieses Verhältnis als Befehl bezeichnen wollte. „Das setzt immer schon eine Persönlichkeit voraus, die die *rechtlich* Verbundenen anredet.“ Nun setzt aber der Begriff des Befehles durchaus nicht den des *rechtlich* Verbundenseins voraus. Man kann befehlen, ohne dazu rechtlich befugt zu sein. Der Begriff des Befehles ist keine Ausstrahlung des *Rechts*gedankens, er gehört einer allgemeinen Normlehre oder Nomologie an, von der die juristische nur einen besonderen Teil umfaßt.

Unrichtig ist auch die Unterscheidung REINACHS[2]): „Bei der *Bitte* ist der *Wunsch* Voraussetzung, daß das Erbetene geschehe, näher, daß es durch denjenigen realisiert werde, an welchen sich die Bitte richtet. Der *Befehl* hat zu seinem Fundamente nicht den bloßen Wunsch, sondern den *Willen*, daß der Adressat das Befohlene ausführt.“ Auch die Bitte bedeutet keinen Wunsch, sondern einen Willen.[3])

Ferner betrachtet REINACH seine sozialen Akte als letzte Gegebenheiten, die sich nur „direkt erschauen“, nicht definieren

---

[1]) STAMMLER, *Theorie*, S. 104.

[2]) REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, in HUSSERLS *Jahrbuch für Philosophie*, I, S. 710.

[3]) Daß der Wunsch in einer anderen Bedeutung des Wortes in keinem Gegensatz zum Willen steht. darf natürlich nicht übersehen werden.

lassen. „Was aber das Versprechen als solches von anderen sozialen Akten, wie dem Befehl oder der Bitte, unterscheidet, das kann man wohl versuchen zu erschauen und anderen zur Erschauung zu bringen, es läßt sich aber ebensowenig definieren, wie man etwa das, was das Rot von anderen Farben unterscheidet, definieren kann." [1])

Er geht dabei entschieden zu weit. Was daran undefinierbar ist, ist der Begriff der „Bestimmung" oder Forderung im Gegensatz zur Mitteilung eines Willens. Es ist nämlich kein bloßer Wille, denn der ist etwas rein Innerliches, auch nicht seine Mitteilung, denn diese wäre reiner Seinsgehalt, sondern es ist ein Drittes, mit dem Willen jedenfalls Verbundenes, dem die eigenartige Sollensbedeutung zukommt. Was also daran undefinierbar, ein Letztes, Unzusammengesetztes, auf Elemente nicht Zurückführbares ist, das ist die Sollensbedeutung. Ihre verschiedenen Arten aber, wie z. B. Versprechen, Befehl, Bitte usw. lassen sich alle recht gut definieren.[2])

---

[1]) Reinach, a. a. O., S. 760.

[2]) Neuerdings meint Radnitzky *(Die „Selbstverpflichtung" als Grundlage des Völkerrechts,* Grünhuts Zeitschr., XLII, 1916, S. 692/93) es sei „wohl die selbstverständlichste aller Wahrheiten", daß jeder Befehl den, der ihn erteilt, binde, „insofern er, auch wenn er nachträglich anderen Sinnes wird, den Adressaten des unwiderrufen gebliebenen Befehls nicht wegen dessen Vollziehung zur Rede stellen, zur Verantwortung ziehen oder gar bestrafen oder ihm einen sonstigen Nachteil zufügen darf". Diese Gebundenheit des Befehlenden faßt Radnitzky nicht als eine gewollte, sondern als eine „einfach kraft logischer Notwendigkeit" eintretende auf. Radnitzky übersieht dabei, daß diese Gebundenheit nicht aus dem Befehl, sondern aus der ethischen Norm, keine Ungerechtigkeit zu begehen, folgt. Die Bestrafung des Befehlsadressaten durch den Befehlenden wegen Ausführung des Befehles wäre aber eine Ungerechtigkeit. „Daß man, um die Gebundenheit des Befehlenden zu erklären, nicht ein Versprechen in den Befehl hineininterpretieren muß, zeigt sich" — nach Radnitzky, a. a. O. — „auch darin, daß eine Drohung — wohl das direkte Gegenteil eines Versprechens! — den Drohenden gleichfalls bindet." Nun stellt aber eine Drohung jedenfalls ein eigenes Verhalten in Aussicht (während eine Norm fremden Verhaltens in ihr wohl mit enthalten sein kann, aber nicht muß). Ich lasse es dahingestellt sein, ob eine Drohung schlechthin eine Verpflichtung des Drohenden bedeutet; keinesfalls könnte aber daraus, wenn es auch der Fall sein sollte, gefolgert werden, daß auch der Befehl eine Verpflichtung des Befehlenden setze.

§ 66. Befehl und Empfangsbedürftigkeit.

Reinach[1]) behauptet ferner, daß dem Befehle die Tendenz wesentlich sei, vernommen zu werden. „Der Befehl ist seinem Wesen nach vernehmungsbedürftig.“ „Ein Befehl ist weder eine rein äußerliche Handlung, noch ist er ein rein innerliches Erlebnis, noch ist er die kundgebende Äußerung eines solchen Erlebnisses.“ „Was hier für den Befehl ausgeführt wurde, gilt auch für das Bitten, Ermahnen, Fragen, Mitteilen, Antworten und noch vieles andere. Sie alle sind soziale Akte, welche von dem, der sie vollzieht, im *Vollzuge selbst* einem anderen zugeworfen werden.“

Es ist dagegen nur einzuwenden, daß der Befehl wohl seiner Intention nach auf einen anderen gerichtet, „fremdpersonal“ ist, wie es Reinach[2]) nennt, jedoch ist er es nur seiner Soll*bedeutung* nach, im Sinne der damit gesetzten Intention, daß ein anderer sich irgendwie verhalte, nicht im Sinne einer Erreichung dieses angeredeten anderen. Dieser Sachverhalt findet in der Bezeichnung der Empfangs*bedürftigkeit* nicht ihren glücklichsten Ausdruck. Der Befehl geht allerdings auf ein Empfangen, es ist seine Absicht, empfangen zu werden. Mit dieser Intention ist aber auch in dieser Hinsicht dem Begriffe des Befehles Genüge geleistet. Ob diese Intention nun auch Verwirklichung findet, ja ob die Annahme ihrer Verwirklichungsmöglichkeit gegebenenfalls überhaupt begründet war, ist für den Begriff des Befehles nicht mehr maßgebend. Er ist also nicht in dem Sinne empfangs*bedürftig*, als ob der Empfang oder seine Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit zu seinem Zustandekommen notwendig wäre. Es genügt die dahin gehende Absicht. Kann es doch sehr wohl auch unvernünftige, ihren Zweck verfehlende Befehle geben. War die Absicht, vernommen zu werden nicht mitgesetzt, so war es kein Befehl; fehlt hingegen bloß die Möglichkeit der Verwirklichung dieser Intention, so tut das dem Begriffe des Befehles keinen Abbruch.

---

[1]) Reinach, a. a. O., S. 707.

[2]) A. a. O., S. 706.

Es gehört also zum Begriff des Befehles nicht, daß ihn der Adressat kenne oder gar anerkenne. Zum Befehl gehört nur die „Äußerung“ des entsprechenden Willens. Es ist eine Willensäußerung mit einem bestimmten Geltungsanspruche.

Wenn ich meinem Diener einen Befehl gebe, so ist es ein Befehl, auch wenn er ihn aus Zerstreutheit überhört. Er braucht ihn auch nicht „anzuerkennen“, um ihn zum Befehl zu machen.

Auch der einzelne Rechtsbefehl bedarf daher keiner Anerkennung zu seiner Geltung. Wenn er von dem bestimmten Urheber herrührt, dessen Befehle Rechtsnormen sind, so ist er fertig da und verpflichtet, ob er nun gekannt sei oder nicht. Es bedarf weiter keiner besonderen Fiktion, das Recht als bekannt vorauszusetzen. Es genügt der Rechtssatz, daß die Unkenntnis, die tatsächliche, wirkliche Unkenntnis einer Rechtsnorm nicht von der Verpflichtung seiner Befolgung enthebt. Das Recht setzt nicht eine allgemeine Kenntnis seiner selbst voraus, sondern es pflegt sich um diese Kenntnis nur nicht zu kümmern. Das mag als ungerecht empfunden werden, ändert aber an der Sache nichts und ist übrigens eine Frage des Norminhaltes; denn es ist der Inhalt der Rechtsnorm selbst, der darüber entscheidet, auf wen er Bezug haben will. Es wäre auch ein Rechtssatz denkbar, der nur an diejenigen gerichtet ist, die von ihm Kenntnis besitzen. Es könnte ganz gut eine Rechtsverfügung z. B. für eine gewisse Zeit oder überhaupt nur für diejenigen Geltung verlangen, die von ihr Kenntnis haben, nicht aber auch für die, denen sie nicht zur Kenntnis gelangt ist.[1])

---

[1]) Es braucht daher die sogen. „Imperativtheorie“ (siehe unten, § 71) durchaus nicht zur Anerkennungstheorie zu führen, wie Kelsen meint. Auch M. E. Mayer (*Rechtsnormen und Kulturnormen*, S. 6 ff.) lehrt die Empfangsbedürftigkeit des Befehles: „Kein vernünftiger Mensch legt aber einem Befehl verbindliche Kraft bei, wenn es ihm bekannt ist, daß die Person, welcher der Befehl gilt, denselben nicht vernommen habe“. „Der Staat behandelt wider besseres Wissen jeden Untertanen, als ob er das Reichsgesetzblatt gelesen und verstanden habe! Wer wollte ernstlich diese ungeheuere Annahme als Grundlage unserer ganzen Rechtspflege verteidigen?“

Diese Annahme ist aber gar keine Fiktion des Staates, sondern nur eine der Rechtswissenschaft. Der Staat behandelt also nicht „wider

§ 67. Befehl und Sanktion.

Austin[1]) zieht den Umfang des Begriffes „Befehl“ wieder nach einer anderen Richtung hin zu eng. Er versucht den Befehl vom einfachen Begehren dadurch zu unterscheiden, daß der Befehl eine Sanktion habe, die Bitte oder das einfache Begehren dagegen nicht. Ein Befehl unterscheidet sich nach Austin von anderen Arten des Wollens nicht durch die Art und Weise seiner Kundgebung, sondern durch die Macht und durch die Absicht des Befehlenden, ein Übel für den Fall der Außerachtlassung des Willens zu verhängen. Ein Befehl ist ihm also die Äußerung eines Wollens mit der Sanktion der Zufügung eines Übels für den Weigerungsfall, während die Bitte ein Wollen ohne diese Sanktion bedeutet. Diese Unterscheidung ist jedoch nicht richtig. Ein Befehl wird dadurch noch nicht zur Bitte, daß ich nicht die Macht oder die Absicht habe, seine Mißachtung zu ahnden; er bleibt Befehl, ob ich seine Nichtbefolgung tatsächlich strafe oder nicht. Freilich hängt der Befehlscharakter nicht von „der Art und Weise seiner Kundgebung“ ab: es kann eine barsch geäußerte Bitte und einen höflichen Befehl geben. Der Tonfall entscheidet es nicht; worauf es bei der Unterscheidung ankommt, ist immer nur der Geltungsanspruch, den die Willensäußerung selbst erhebt. Man könnte vielleicht

---

besseres Wissen“ jeden Untertanen so, als ob er das Recht kennte, sondern er nimmt die Rechtskenntnis gar nicht an, wo sie nicht vorhanden ist. Er erachtet es dagegen als zweckmäßig, die Ungerechtigkeit zu verüben, sich an die Gesetzeskenntnis nicht zu kehren, und wählt damit das kleinere Übel einem Rechtsinhalt gegenüber, der sich wohl denken ließe, und der das Recht auf die Rechtskundigen beschränken wollte. Es ist das einer der Fälle, in denen das Recht bloß die wehetuende Wahl hat, von zwei Übeln das eine zu wählen. Es ist daher gar keine „Ungeheuerlichkeit“, sondern ein höchst wohlerwogener, vernünftiger Satz. Aber auf alles das kommt es hier gar nicht an. Hier ist bloß von Bedeutung, daß der Begriff des Befehles nicht seine Kenntnis seitens des Adressaten voraussetzt, daß folglich einerseits die Tatsache der Gesetzesunkenntnis gar keine Schwierigkeit für die sogen. Imperativtheorie bedeutet, und daß anderseits diese nicht die Anerkennungstheorie zu Hilfe zu nehmen braucht.

[1]) Austin, *Lectures*, I[5], S. 89.

meinen, die Lehre AUSTINS sei wenigstens insofern richtig, als die Bitte keine Sanktion haben könne. Da es zu ihrem Wesen gehört, die Erfüllung der Willensäußerung von der Zustimmung des Angeredeten abhängig zu machen, so — könnte man meinen — könne ihr keine Sanktion, keine Drohung für den Weigerungsfall beigegeben sein, ohne den Charakter der Bitte zu zerstören. Eine Sanktion bedeutet immer einen Zwang, und dieser ist immer gegen den Willen des Gezwungenen gerichtet; eine sanktionierte Willensäußerung, die auf ein fremdes Verhalten gerichtet ist, wäre also immer ein Befehl. Es wäre also nach dieser Ansicht an der Lehre AUSTINS bloß so viel unrichtig, daß nicht umgekehrt auch jeder Befehl eine Sanktion haben müsse und daß der Befehl nicht gerade durch die Verbindung einer Willensäußerung mit einer Sanktion von anderen Willensäußerungen zu unterscheiden wäre. Doch es muß dagegen bemerkt werden, daß auch eine Aufforderung und selbst eine Bitte mit einem Nachteil sanktioniert sein kann, wenn nur dem Aufgeforderten freigelassen wird, zwischen der Erfüllung der Forderung oder dem Erleiden des für den Weigerungsfall in Aussicht gestellten Nachteils zu wählen.[1] „Bring mir ein Glas Wasser, sonst bringe ich dir auch keines“ kann eine Bitte sein; „bring mir ein Glas Wasser, ob du Lust hast oder nicht“, ist ein Befehl, selbst wenn weder ausdrücklich noch stillschweigend eine Sanktion hinzugefügt ist. Ob es praktisch ist, dort zu befehlen, wo die Sanktion gänzlich fehlt, und ob es nicht angezeigter ist, sich in solchen Fällen mit einer weniger unbedingten Art von Aufforderung zu begnügen, ist eine andere Frage.

Da nun AUSTIN das Recht als Norm, diese aber immer als Befehl definiert und somit das Recht unter den Oberbegriff des Befehles bringt, so enthält dadurch seine Rechtsdefinition, was bereits in anderem Zusammenhang bemerkt worden ist, das Zwangsmerkmal. Für ihn ist der Begriff des

[1] Vgl. die Anmerkungen J. BROWNS *(The Austinian Theory of Law,* 1906, S. 7 und die nicht besonders gelungenen Ausführungen ebenda S. 330—354: „A consideration of some objection to the conception of positive law as State-command“.

Befehles der weitere Begriff, der Begriff der Norm oder der Regel der engere. In seinem Befehlsbegriff steckt aber bereits der Begriff der Sanktion oder des Zwanges, weshalb es in seinem Sinne Rechtsnormen ohne Sanktion nicht geben kann.[1]) Er betrachtet folglich eine lex imperfecta nicht als eine Rechtsnorm, denn sie ist kein Befehl in seinem Sinne, sondern nur ein Ratschlag.[2])

Nach einer anderen Richtung hin wird der Begriff des Befehles eingeengt, wenn außer des erwähnten Geltungsanspruches auch noch ein gewisser Grad seiner Verwirklichung gefordert wird. So lehrt z. B. HOLD v. FERNECK[3]): „Dem Befehlenden ist begrifflich ein Machtmoment eigen. Nicht die Willenskundgebung eines beliebigen Subjektes kann als Befehl angesehen werden. Vielmehr kann von einem Befehl vernünftigerweise nur dann die Rede sein, wenn der Befehlende die Macht hat, seinen Willen *wenigstens regelmäßig* durchzusetzen".

Für den Begriff des Rechts ist dieser Streit schließlich ohne Bedeutung, da ja für den Begriff des Rechtsbefehles

---

[1]) Vgl. *Lectures,* I, S. 88/89.

[2]) *Lectures,* I[5], S. 99. Wenn AUSTIN auch die erlaubenden und die interpretierenden Rechtssätze nicht als Befehlsnormen gelten läßt, so macht er sich damit unnötige Schwierigkeiten, wie bereits gezeigt worden ist. Ganz den AUSTINschen Spuren folgend untersucht den Begriff des Befehles HEARN, *The Theorie of legal Duties and Rights,* An introduction to analytical Jurisprudence, Melbourne 1883, ch. I: „Theory of command" S. 1—15. Im Begriff des Befehles wäre nach HEARN nicht nur der Begriff einer Drohung mitenthalten (S. 3), sondern es gehörte zum Vorhandensein eines Befehles sogar die Annahme der Wirksamkeit der Drohung, da sonst das Verhalten des Adressaten nicht beeinflußt würde (S. 5).

Auch KELSEN (a. a. O., S. 245) sieht das Kennzeichen des sogen. formalen Rechts im Fehlen einer Sanktion, und er stellt dadurch die sogen. lex imperfecta mit dem sogen. bloß formalen Recht gleich — was durchaus nicht angeht. Das sanktionslose Gesetz enthält eine Forderung, das sogen. formale Gesetz enthält keine. Ob etwas eine bloße Aussage, ein bloßer Wunsch oder Ratschlag, oder aber ein Befehl oder ein Versprechen der Rechtsmacht ist, entscheidet auch darüber, ob der betreffende Satz ein Rechtssatz ist oder nicht. Vgl. auch A. AFFOLTER, *Zur Normentheorie,* Arch. f. öff. Recht, XXIII, 1908, S. 365 ff.

[3]) HOLD v. FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit,* I, S. 77.

das Merkmal des regelmäßigen Durchsetzens ohnehin dazukommt, wenn es auch nicht bereits in den Befehlsbegriff Aufnahme gefunden hat. Nur ist auch hier wieder darauf zu achten, daß sich das Merkmal des regelmäßigen Durchsetzens nicht auf den einzelnen Befehl, sondern auf die Gesamtheit der von einer Macht erlassenen Befehle bezieht. Es kann demnach ein Befehl, den der Befehlende nicht regelmäßig durchzusetzen vermag, nichtsdestoweniger ein Rechtsbefehl sein, falls sein Urheber seine sonstigen Befehle regelmäßig befolgt sieht.

§ 68. Befehl und Gewohnheitsrecht.

Es ist von den Kritikern Austins namentlich von Maine (und in Anschluß an ihn auch von Lightwood und Clark) viel Gewicht auf den Umstand gelegt worden, daß das Recht nicht unter den Oberbegriff des Befehls gebracht werden könne, weil seine ersten Anfänge und auch ein guter Teil der späteren Rechtsnormen nicht bewußtem menschlichen Wollen entspringen.[1]) Das Recht wäre demnach nur als Ergebnis bewußter Gesetzgebung Befehl, als Ausfluß gewohnheitsmäßiger Übung hingegen nicht. Allerdings *entsteht* das Gewohnheitsrecht nicht in der Form des Befehles — dies ist der entscheidende Punkt dem *gesetzten* Recht gegenüber —, aber wenn es einmal da ist, bedeutet es nichtsdestoweniger einen Befehl, d. h. es bedeutet eine Forderung ohne Rücksicht auf den Willen desjenigen, der sie erfüllen soll. Wenn das primitive Recht und überhaupt das Gewohnheitsrecht also auch nicht bewußt entsteht, so ist es, wie immer es auch entstanden sei, trotzdem eine Willensnorm. Mit demselben Rechte könnte ja auch jemand

---

[1]) Maine, *Lectures on the Early History of Institutions,* 6. Aufl., S. 363: „Many persons, and among them some men of powerful mind, have struggled against the position that the great mass of legal rules which have never been prescribed by the organ of State, conventionally known as the Legislature, are commands of the Sovereign". Ebenso Maine, *Village Communities,* S. 67: „Without the most violent forcing of language, it is impossible to apply these terms *command, sovereign, obligation, sanction, right* to the customary law, under which the Indian village communities have lived for centuries, practically knowing no other law civilly obligatory".

dem primitiven Rechte den Charakter der Norm überhaupt absprechen, da, falls nicht von einer absoluten Richtigkeitsnorm die Rede ist, im Begriff der Norm auch der Begriff der Forderung und damit auch der des Willens mitenthalten ist.

Das primitive Recht, wie überhaupt das Gewohnheitsrecht, entsteht ja auch nicht als Norm. Wir können aber von einem Rechte oder von einem Gewohnheitsrechte doch erst dann sprechen, wenn aus der unbewußten Befolgung eine Normbefolgung geworden ist. Die bloße Gewohnheit ergäbe erst die Normalität im Seins-Sinne. Gewohnheit ist noch nicht Recht, wenn auch Recht aus Gewohnheit *hervorgeht*. Erst wenn aus der Gewohnheit eine Forderung des gewohnten Verhaltens geworden ist, kann von Recht gesprochen werden. Dasselbe gilt ebensogut für die Sitte: Gewohnheit an und für sich ist noch nicht Sitte; es muß erst die Mißbilligung ihrer Verletzung hinzutreten. Damit ist sie aber auch eine geforderte Gewohnheit; Sitte ist geforderte Gewohnheit, wenn es auch feststeht, daß nicht die Forderung der Gewohnheit, sondern die Gewohnheit der Forderung vorausgegangen ist.[1])

§ 69. Das Versprechen.

Die Forderungen der Rechtsmacht, die von ihren *Untergebenen* befolgt werden sollen, enthalten Befehle; damit ist jedoch der ganze mögliche Umfang des Rechtsbegriffes noch nicht erschöpft; zu dem Begriff von Recht, den die Juristen suchen, können auch Normen gehören, die die Rechtsmacht für ihr eigenes Verhalten aufstellt. Daß z. B. die Gesetze in einer bestimmten Weise zustande kommen sollen, daß der Rechtsmacht gegenüber ihren Untertanen, solange sie nicht anders verfügt, gewisse Beschränkungen auferlegt seien, — sind Beispiele von Sätzen, die wir nicht nur rechtliche *nennen*, sondern deren

---

[1]) Freilich, stellt sich die diesbezügliche Polemik gegen Austin auf die Grundlage, daß Normen der Gewohnheit früher bestehen als der „Sovereign“ Austins (vgl. Clark, *Practical Jurisprudence*, S. 167), so ist sie im Rechte. Da Austin in *seinen* Begriff eines rechtsetzenden Faktors das Merkmal der Bestimmtheit aufgenommen hat, so kann sein Standpunkt gegen den Einwand, daß es Recht gibt, das in seiner Definition keinen Platz hat, nicht verteidigt werden.

Zugehörigkeit zu unserem Rechtsbegriff zu Zeiten als eine seiner wichtigsten Eigenschaften erachtet wird. Wir müssen uns mit der Tatsache abfinden, daß es unter den Rechtsnormen auch solche gibt, die die Rechtsmacht für ihr eigenes Verhalten aufstellt, und wir müssen nunmehr dieser Tatsache eingedenk die logische Struktur der Rechtsnorm entwickeln.

Eine Verhaltungsnorm, die auf das Verhalten des Normsetzers gerichtet ist, nennen wir eine *Maxime des Verhaltens* oder einen *Vorsatz*. Der Vorsatz ist, obwohl autonom, noch immer anethisch; er entspringt dem Willen schlechthin (der „tierischen Willkür“ KANTS). Die ethische Norm ist autonom, aber sie entspringt der praktischen Vernunft; sie ist die autonome Forderung, die ein absolutes Sollen zum Ausdruck bringt, während der Vorsatz schlechthin nur eine Willensnorm ist, die sowohl richtig als unrichtig sein kann. Wir können uns also, von der Moral ganz abgesehen, Maximen setzen, wir können uns etwas vornehmen. Solange ein derartiges Normsetzen eine interne Angelegenheit bleibt, gehört sie dem Gebiete der Autonomie an. Selbst derartige Normen, die eine rechtssetzende Macht etwa an sich selbst richtet, Normen, die sie zu Maximen ihres Verhaltens macht, Vorsätze, die sie sich zur Ausführung vornimmt, gelangten damit noch nicht ins Gebiet des Rechtlichen.

Auch dadurch wird ein Vorsatz nicht zum Versprechen, daß er mitgeteilt wird. Ein Versprechen ist nicht bloß ein mitgeteilter Vorsatz; auch nicht bloß ein Vorsatz, jemand etwas zukommen zu lassen. REINACH[1]) hat dies ausführlich dargetan: „Das Versprechen ist weder Wille, noch Äußerung des Willens, sondern es ist ein selbständiger spontaner Akt, der nach außen sich wendet, in äußere Erscheinung tritt. Diese Erscheinungsform mag Versprechenserklärung genannt werden. Eine Willenserklärung ist sie nur mittelbar, insofern dem spontanen Versprechungsakte notwendig ein Wollen zugrunde liegt. Nur indem man an der Außenseite des Versprechens haften blieb, ohne sich in es selbst zu vertiefen, konnte man es mit der mitteilenden Äußerung eines Willensvorsatzes ver-

---

[1]) REINACH, a. a. O., S. 715.

wechseln. Dieselben Worte ‚ich will das für dich tun‘ können ja als Versprechensäußerung und als mitteilende Willensäußerung fungieren. Es ist auch sonst so, daß verschiedene soziale Akte sich derselben Erscheinungsform bedienen können“.

Auch der Vorsatz ist bereits eine Norm. Er ist eine Forderung an den eigenen Willen. Er ist eine Forderung des gegenwärtigen Willens an den zukünftigen. Bereits der Vorsatz erheischt unbedingte Befolgung, wie der Befehl. Etwas unter der Bedingung auszuführen, daß man es seinerzeit wollen werde, wäre noch kein Vorsatz, überhaupt noch kein Willensentschluß.

Beim Versprechen kommt dagegen zu dem rein autonomen Gesetztsein des Vorsatzes noch der gewissermaßen heteronome Umstand hinzu, daß der Versprechende auch dem Versprechensempfänger gegenüber gebunden ist, und daß diese Gebundenheit mit zu dem besondern Geltungsanspruch des Versprechens gehört.

Es ist auch sogleich noch hervorzuheben, daß mit dem Versprechen ein ethischer Gehalt in das Recht gelangt. Nicht als ob der Begriff des Versprechens und der Versprechensverpflichtung bereits an sich ethischer Natur wären! Ein Versprechen schlechthin bedeutet an und für sich nur ganz in demselben Sinne eine Verpflichtung, wie der Befehl, also ganz abgesehen von jeder etwa damit verknüpften ethischen Gebundenheit. Die Verpflichtung, die sich aus dem nackten Befehl, wie aus dem Versprechen ergibt, ist bloß dasjenige Sollen, das im besondern Geltungsanspruche dieser Akte steckt. Diese Verpflichtung ist also noch ganz anethisch.[1])

Für den Befehl läßt sich das leichter einsehen. Hier ist die bindende Bedeutung, die dem Befehle an und für sich zukommt, von der Verbindlichkeit, die etwa von der Moral an einen Befehl geknüpft sein kann, leicht zu unterscheiden, weil die Moral nicht an jeden Befehl die Pflicht seiner

---

[1]) Vgl. Reinach, a. a. O., S. 715: „Daß die mitteilende Äußerung eines Willensvorsatzes eine Verbindlichkeit erzeugt, ist freilich unbegreiflich. Wir haben aber in dem Versprechen einen Akt *eigener* Art gefunden, und wir behaupten, daß es im Wesen dieses Aktes gründet, Ansprüche und Verbindlichkeiten hervorzubringen“.

Erfüllung knüpft. Es läßt sich also die nackte, bereits mit dem Begriffe des Befehles gemeinte normative Bedeutung leicht von derjenigen trennen, die etwa eine ethische Norm an einen Befehl knüpft. Für das Versprechen hingegen macht die Trennung dieser beiden normativen Bedeutungen insofern Schwierigkeiten, als die Moral bereits mit dem Versprechen an sich zunächst die Verpflichtung seiner Erfüllung verknüpft und somit diese Pflicht jedem Versprechen anhaftet, wovon dann noch die Sittlichkeit oder Unsittlichkeit des besonderen Versprechensinhaltes wie auch die Schlichtung der sich hieraus etwa ergebenden Mißhelligkeiten zu unterscheiden ist. Infolge dieser Verknüpfung der nackten Versprechenspflicht mit der sittlichen liegt die Annahme nahe, daß die normative Bedeutung des Versprechens schlechthin mit seiner ethischen Bedeutung zusammenfalle. Dies trifft nun allerdings nicht zu;[1] da jedoch ein generelles Gebot der Sittlichkeit die Erfüllung der geleisteten Versprechen verlangt, so gelangt durch die Versprechensnormen einer Rechtsmacht ein ethischer Gehalt in das Recht.

Es steht dies nicht in Widerspruch mit unserer strengen Scheidung von Recht und Moral; es bedeutet keinen Widerspruch mit der Ausschließung jedes Norminhaltes aus dem Rechts*begriffe*, denn es muß ja unter den Rechtsnormen keine Versprechensnormen geben, es kann ein Recht auf der reinen Befehlsgrundlage stehen bleiben. Daß jedoch sittliche Inhalte in das Recht hineingelangen *können*, daß sich das Recht überhaupt auf die Basis der Moral stellen *kann*, daß es nicht schlechthin anethisch bleiben muß, haben wir ja nicht geleugnet. Wir haben es im Gegenteil so sehr zugegeben, daß wir sogar die Möglichkeit, die Rechtsmacht auf die moralische Billigung der Untergebenen zu gründen, erkannt haben.

Wir haben nun in der Versprechensnorm eine weitere Verknüpfung des Rechtes und der Moral vor uns, und wie tief diese Verbindung das Recht berühren kann, wird sich aus dem Folgenden zur Genüge ergeben.

---

[1]) Vgl. auch Reinach, a. a. O., S. 726—740.

Immerhin brauchen wir aber unseren anethischen Oberbegriff von Recht und wollen ihn in aller Schärfe aufrechterhalten. Die ethische Grundlage liefert immer nur besondere Möglichkeiten, und diese Verbindungen von Recht und Moral lassen sich gerade nur dadurch in ihrer wahren Bedeutung erfassen, daß wir sie eben als bloße Möglichkeiten erkennen und nicht etwa die eine oder die andere dieser Möglichkeiten als notwendige Begriffsteile des Rechts auffassen. Unsere modernen Rechtsvorstellungen sind allerdings mit Versprechensrecht derart durchwoben, daß dadurch der Irrtum, die Idee einer moralischen Verpflichtung gehöre schon zum Begriff des Rechts, auch wieder von dieser Seite her nahegelegt wird.

Die Erkenntnis, daß es neben den Befehls-Rechtsnormen Versprechens-Rechtsnormen geben kann, daß aber sodann mit den letzteren notgedrungen ein ethischer Inhalt ins Recht gelangt, während mit den Befehlen ein ethischer Gehalt verbunden sein kann oder auch nicht, ist von Wichtigkeit für die Konstruktion ganzer Partien möglicher Rechtsinhalte, wie z. B. der rechtlichen Gebundenheit der Rechtsmacht, der Verfassung im engern Sinn, des subjektiven Rechts usw., wie die Untersuchung dieser Fragen des näheren zeigen wird.

§ 70. Zur Literatur des Begriffes des Versprechensrechts.

Die Unterscheidung von Befehlsrechtsnormen und Versprechensrechtsnormen ist nicht unbekannt, ist jedoch bisher nicht genügend durchgeführt und verwertet worden. So finden wir bei Eisele[1]) die Kategorie eines „ausgesprochenen Vorsatzes des Gesetzgebers“, ohne daß sie festgehalten würde.

Jhering versucht dieser Verschiedenheit durch die Gegenüberstellung der einseitig und zweiseitig verbindenden Norm gerecht zu werden. Die Absicht der Staatsgewalt beim Erlassen der Rechtsnorm kann nämlich nach der Auffassung Jherings[2]) entweder dahin gehen, damit bloß denjenigen zu binden, an den sie gerichtet ist, nicht aber sich selbst, so daß sie sich vorbehält, sich über das

---

[1]) Eisele, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt*, S. 20.

[2]) Jhering, *Der Zweck im Recht*. I⁴, S. 263/64, 273/74.

Recht im einzelnen Falle hinwegzusetzen, — oder sie kann die Rechtsnorm auch mit der Absicht und der Zusicherung erlassen, daß sie selber sich daran binden will. Erst mit dieser Form erlangt das Recht nach Jhering seine vollendete Gestalt: die einseitig bindende Norm ist die Gestalt des Rechts auf der Stufe der Despotie, die zweiseitig bindende Norm ist die Gestalt des Rechts „im geordneten Rechtszustande". Diese Unterscheidung leidet aber an dem Fehler, daß sie unanwendbar ist auf Normen, mit denen die Rechtsmacht gar niemand anderen als sich selbst verpflichten will, die also gar nicht zweiseitig, sondern bloß einseitig verpflichtende Normen sind, nur daß der Verpflichtete nicht ein Untergebener, sondern die Rechtsmacht selbst ist.

Dagegen trifft unsere Unterscheidung von Befehls- und Versprechensnormen auch den von Jhering hervorgehobenen Unterschied: es kann nämlich zu einer Befehlsnorm das Versprechen hinzukommen, die Befehlsnormen gleichmäßig durchzuführen.

Jhering ist dieser Auffassung sehr nahe gerückt,[1]) als er erkannt hat, daß die Rechtsmacht an sich selber keine Imperative richten kann, weil dazu zwei Willen gehören. „Man kann sich fest vornehmen" — lehrt Jhering — „etwas zu tun, und seinen Vorsatz unverbrüchlich ausführen und selbst einem andern gegenüber die Verpflichtung dazu anerkennen, aber den Begriff Imperativ darf man darauf nicht anwenden, ohne ihn selber aufzuheben — Imperative an sich selber sind eine contradictio in adjecto." Es hätte nur noch des einen Schrittes bedurft, daß die Rechtsmacht in diesem Falle eine Versprechensnorm setzt.

Auch Bierling[2]) gelangt zum Ergebnis, daß man Rechtsnorm und Befehl nicht gleichsetzen darf. Er bezeichnet zwar das Recht als den Inbegriff von Imperativsätzen, will aber damit nicht sagen, daß alle Rechtssätze Befehle seien. Er setzt zwar die Begriffe Norm und Imperativ gleich, nicht aber auch die Begriffe Norm und Befehl. Er will damit nur einen Platz für

---

[1]) *Zweck im Recht,* I[4], S. 258/59.

[2]) *Kritik der juristischen Grundbegriffe,* II, S. 7, 349; *Juristische Prinzipienlehre,* I, S. 27—29, IV, S. 209.

seine „Vertragsnormen“ freilassen. Das Recht bestünde seiner Ansicht nach also etweder aus Befehlen oder aus Vertragsnormen, wobei nicht außer acht zu lassen ist, daß im Rechtsbegriffe BIERLINGS auch unsere Konventionalnormen mitenthalten sind, und daß er den Begriff der Vertragsnorm schon deshalb innerhalb seines Rechtsbegriffes braucht.[1])

An einer anderen Stelle[2]) ist BIERLING nahe daran, die Bedeutung des *Versprechens* für das Recht zu erkennen, indem er von den einseitigen Rechtsgeschäften (in seinem Sinne) spricht, die sich in einem „bloßen Norm-nehmen“ vollziehen und sich auch im öffentlichen Recht nachweisen lassen, „so die feierliche *Zusicherung* des Monarchen, eine Verfassung bestimmter Art geben zu wollen; so vor allem die Edikte der römischen Magistrate, in denen sie die Normen für ihre eigene Verwaltung aufstellen.“

Aber er geht an diesen, unsere Auffassung allerdings erst nahelegenden Sätzen — jedenfalls aus Gründen seiner Anerkennungstheorie — vorbei, ohne sie weiterzuführen und ohne sich der Tragweite, die einer solchen Weiterspinnung dieses Gedankens zukäme, bewußt zu werden.

Auch THON[3]) berührt die Frage: „In der Norm, die sich der Staat setzt, kann aber mehr liegen wie die Verkündigung eines Entschlusses. Sie kann zugleich im Interesse Einzelner diesen die *Verheißung* eines gewissen staatlichen Verhaltens geben. Lautet die *Zusicherung* so, daß der Einzelne auf die Erfüllung derselben zu bauen vermag, und ist sie zugleich in dieser Absicht gegeben, so verpflichtet sich der Staat mit dieser Norm gegen den, dem die Zusicherung gilt.“

JELLINEK[4]) gelangt ebenfalls zur Erfassung des Begriffes

---

[1]) Im IV. Bd. S. 209 seiner *Jurist. Prinzipienlehre* kommt BIERLING zum Ergebnis: „Alle Normen sind Äußerungen eines Willens, der sich zugleich an einen anderen Willen richtet — sei es, um (als Normgeber) andere zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, sei es, um sich selbst (als Normnehmer) in eines anderen Dienst zu stellen“. Mit dem Normnehmen ist aber nicht ein Versprechen gemeint, sondern jede auf die Normerfüllung gerichtete Geistesart.

[2]) *Prinzipienlehre*, II. S. 205.

[3]) THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, S. 142.

[4]) *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 359 60.

der Versprechensnorm, die er als „Zusicherung“ bezeichnet, jedoch ohne sie klar herauszuarbeiten. Indem er die staatliche Gebundenheit in Gegensatz zum theokratischen Absolutismus bringt, hebt er hervor, daß das Recht des rechtlich gebundenen Staates auch die Zusicherung an die Untertanen enthält, daß die Staatsorgane verpflichtet sind, ihr gemäß zu verfahren. „Es liegt nun in jedem Rechtssatz zugleich die Zusicherung an die Untertanen verborgen, daß er für die Dauer seiner Geltung auch den Staat selbst verpflichte.“ „Der Staat verpflichtet sich im Akte der Rechtsschöpfung, wie immer dieses Recht entstehen möge, gegenüber den Untertanen zur Anwendung und Durchführung des Rechtes.“ Es ist daran zunächst auszusetzen, daß Jellinek die staatliche Zusicherung nur als das allgemeine, im Konstitutionalismus überhaupt liegende Versprechen bemerkt, das die Durchführung der Rechtsnormen überhaupt betrifft. Er bemerkt also nur das im Verfassungsstaate hinter jedem Befehle verborgene Versprechen, den Befehl durchzuführen; er bemerkt aber nicht die Möglichkeit selbständiger Versprechungen der Rechtsmacht, und er geht auch darin fehl und verdunkelt dadurch seine Ausführungen, daß er diese Staatsversprechen damit beleuchten möchte, eine solche Bindung des Willens an die von ihm einseitig abgegebene Erklärung sei schon dem Privatrechte nicht fremd, und es als einen „formalistischen“ Einwand[1]) zurückweist, daß die rechtliche Verpflichtung des Einzelnen im Privatrechte auf dem höheren Willen der staatlichen Rechtsordnung beruhe und daher für die Möglichkeit staatlicher Selbstverpflichtung nichts beweise.

Auf diesem Wege macht M. E. Mayer[2]) einen Schritt weiter: Für den Untertanen ist die staatliche Willenserklärung nicht ein Befehl, sondern ein Versprechen, nicht eine Verhaltungsmaßregel, sondern ein Garantieschein. „Die einheitliche Willenserklärung des Staates hat, weil sie sich nach zwei Seiten hin wendet, zwei Bedeutungen und, weil sie einen

[1]) Gegenüber Siegel, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht,* 1873. Der gleiche Einwand ist auch von Krabbe *(Die Lehre der Rechtssouveränität,* 1906, S. 8) erhoben worden.

[2]) *Rechtsnormen und Kulturnormen,* 1903, S. 49/50.

Inhalt hat, zwei einander entsprechende Bedeutungen; sie befiehlt den Verwaltern des Gesetzes und gibt gerade deswegen den Untertanen ein Versprechen." „Das Versprechen hat wiederum verschiedene, einander entsprechende Inhalte, je nachdem man es an den Berechtigten oder Verpflichteten gerichtet sein läßt. Es ist für den Berechtigten eine Zusage, für den Verpflichteten eine Drohung."

Der Begriff des Versprechensrechts ist damit zum Durchbruch gelangt, aber immer noch im Jellinekschen Geleise nur als Kehrseite eines Befehles. Alle Rechtssätze wären damit den Organen gegenüber nur Befehle und den Bürgern gegenüber nur Versprechen. Eine unrichtige Ansicht in der Adressatenfrage verdunkelt hier noch die Bedeutung des Versprechens für das Recht, die Wahrheit nämlich, daß sich sowohl der Befehl wie das Versprechen sowohl an Organe wie an Nichtorgane wenden kann, und daß auch im Verhältnis der Rechtsmacht zu den Nichtorganen das Befehlsrecht das Primäre ist und die Grundlage für das Versprechensrecht abgibt.

Der Begriff des Versprechensrechts ist auch bei Zitelmann[1]) zu finden: „Die Betrachtung (der staatlichen) Schutzverheißung zeigt uns . . . die zweite Art von Rechtssätzen; sie zeigt, daß nicht alles objektive Recht aus Befehlen und Erlaubnissen besteht. In der Rechtsordnung sind nämlich eine Reihe von Sätzen enthalten, durch die der Staat etwas Bestimmtes zu tun oder zu unterlassen verspricht, d. h. sich selbst bindet, eine Verpflichtung sich auferlegt, und durch die er Grenzen und Inhalt seiner Handlungsfreiheit gegenüber den Einzelnen festsetzt, sich selbst öffentliche Rechte gewährt. An sich liegt in alledem nur eine Erklärung, später so und so tätig oder nicht tätig werden zu wollen, aber diese Erklärung ist nach dem eigenen Willen des Staats eine solche, die sogleich bindet und nicht anders als durch neue Gesetzgebung zu ändern ist: sie ist auch insoweit eine *Willens*erklärung.

Man hat nun auch diese Vorausbestimmung des Staats über seine Tätigkeit auf Befehle und Erlaubnisse zurück-

---

[1]) Zitelmann, *Internationales Privatrecht,* I, 1897, S. 45.

geführt: sie enthalte Befehle und Erlaubnisse an die Organe des Staats, in bestimmter Weise tätig zu werden. Unzweifelhaft lassen sich solche Befehle und Erlaubnisse oft genug aus ihnen herauslesen; sobald man aber dieses interne Verhältnis des Staats zu seinen Organen beiseite läßt und den Staat mit seinen Organen als eine Einheit nimmt, versagt jene Auffassung."

Eingehende Untersuchungen über den Begriff des Versprechens verdanken wir REINACH,[1]) nur sind sie nicht auf die Bedeutung dieses Begriffes für die Rechtsordnung schlechthin gerichtet. REINACH denkt nämlich gar nicht an die von einer Rechtsmacht geleisteten Versprechen, sondern mutet dem Versprechen, vom besondern Gesichtspunkte seiner Untersuchung aus, bloß die Bedeutung zu, als eine spezielle apriorische Grundlage des bürgerlichen Vertragsrechts zu dienen.

Es gelangt diesbezüglich bei REINACH auch nicht deutlich zum Ausdruck, daß ein Versprechen an sich nur eine vorjuristische Erscheinung ist, die juristisch erheblich nur dadurch und nur insofern wird, als die Rechtsmacht juristische Folgen an sie knüpft. Allerdings hat das Versprechen, wie wir gesehen haben, einen anethischen normativen Gehalt, doch ist damit nicht gesagt, daß es deshalb auch schon juristischer Natur wäre. Alle nicht von der Rechtsmacht ausgehenden Befehle und Versprechen erhalten erst dann eine juristische Bedeutung, wenn ihnen irgend ein Rechtsatz eine verleiht.

§ 71. Die Imperativtheorie.

Die vorausgeschickten Ausführungen entscheiden bereits, wie wir uns zu der verbreiteten Imperativtheorie, nach der *jede* Rechtsnorm als Befehl oder Imperativ aufzufassen

---

[1]) REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts,* in HUSSERLS *Jahrbuch für Philosophie,* I, S. 705, 715—740. REINACH liefert daselbst auch treffliche Analysen der Versprechenstheorien von HUME, *Traktat über die menschliche Natur,* II, S. 262ff.; LIPPS, *Leitfaden der Psychologie,* 2. Aufl., S. 208ff. und *Die ethischen Grundfragen,* 2. Aufl., S. 152ff. und SCHUPPE, *Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie,* S. 304ff.

sei, stellen sollen.[1]) Da der Befehl nur eine Forderung fremden Verhaltens bedeutet, aber auch die von einer Rechtsmacht für ihr eigenes Verhalten etwa gesetzten Normen Rechtsnormen sind, braucht der Begriff der Rechtsnorm nicht restlos im Begriffe des Befehles aufzugehen. Noch viel weniger geht es aber an, zur Widerlegung der Imperativtheorie zu behaupten, daß die Rechtsnorm nicht Befehl sein könne. Wir können den Begriff des Befehles zur Kennzeichnung des Wesens des weitaus größten Teiles jeder Rechtsordnung nicht entbehren, nur können noch allenfalls die Versprechensnormen der Rechtsmacht hinzukommen. Die weite Verbreitung der Imperativtheorie wird wohl nicht zum geringsten daher rühren, daß die Befehlsnormen von grundsätzlicher Bedeutung für den Rechtsbegriff sind, die Versprechensnormen dagegen nicht; daß also die Befehle zum unvermeidlichen, die Versprechen bloß zum möglichen Inventar einer Rechtsordnung gehören.

Sodann wird darin wohl auch eine der vielfachen unrechtsmäßigen Übertragungen ethischer Begriffe auf das juristische Gebiet zu suchen sein. In der Ethik kann nämlich Norm und Imperativ gewissermaßen gleichgesetzt werden, obwohl es gerade auf dem Gebiete der Moral keine eigentlichen Befehle gibt, da die Normen der Moral nicht heteronomer Natur sind und überhaupt keinem Willen entspringen. Da sie jedoch ein von der „praktischen Vernunft" an unseren Willen gerichtetes Sollen bedeuten, werden sie als deren Befehle oder Imperative bezeichnet. In diesem Sinne des Wortes ist jede ethische Norm ein Befehl oder Imperativ. Da man sich nun derart in der Ethik daran gewöhnt hat, Norm und Imperativ gleichzusetzen, kommt man dazu, auch jede Rechtsnorm einfach als Befehl anzusehen — um so mehr, als es an einer vergleichenden Nomo-

---

[1]) Bereits Hobbes, *Leviathan*, Part 2, chap. 26: „First is manifest, that Law in generall is Command": Austin, *Lectures*, I[5], S. 88: „Every law or rule is a command": Jhering, *Der Zweck im Recht*, I[4], S. 257: „Jede Norm ist ein Imperativ" (positiver: Gebot, negativer: Verbot). Siehe über die Imperativtheorie Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, S. 104—116 und die dort zitierte Literatur.

logie, die die Verschiedenheiten der Struktur der verschiedenen Arten von Normen systematisch darstellen würde, bisher noch fehlt.[1])

§ 72. Die Lehre vom Rechtssatze als einem hypothetischen Urteil.

Die Zurückweisung der Imperativtheorie ist am eingehendsten von KELSEN[2]) unternommen worden. Er bestreitet, daß die Rechtsnorm überhaupt Befehl sein könne, und stellt der Imperativtheorie die Lehre entgegen, der Rechtssatz sei ein hypothetisches Urteil über einen Willen des Staates zu bestimmtem eigenem Verhalten. „Urteil" bedeutet bei KELSEN keinen Gegensatz zu Norm, denn er will das Recht ausschließlich als Norm betrachtet wissen.[3]) „Urteil" soll bei ihm nur einen Gegensatz zu Befehl bedeuten. Er bezeichnet[4]) den Rechtssatz als Urteil, „weil der Wille des Staates auf eigenes Verhalten und nicht auf fremdes gerichtet ist und nur der auf fremdes Verhalten gerichtete Wille durch einen Imperativ zum Ausdruck gebracht wird.[5]) Durch die Formulierung des Rechts-

---

[1]) Über die Verwechslung von Befehl und „Bestimmung" (= Willensnorm) auch REINACH, a. a. O., S. 804/05.

[2]) KELSEN, *Hauptprobleme*, S. 189–308.

[3]) Daß das Recht als Norm aufgefaßt werden muß, gehört zu den Grundlagen des KELSENschen Werkes; daß er Urteil nicht in Widerspruch zu Norm gebraucht, geht u. a. auch daraus hervor, daß er (S. 68, auch S. 15/16) von Seinsurteilen und von *Sollensurteilen* spricht. Er gebraucht demnach die Bezeichnung Urteil im Sinne von Satz, nicht in dem ebenfalls gebräuchlichen von Seinssatz oder Wahrheitssatz. Doch scheint sich bei KELSEN stellenweise auch diese letztere Bedeutung von Urteil geltend zu machen, wenn er (S. 413, 416) von der *Wahrheit* des im Rechtssatze gegebenen hypothetischen Urteils spricht, obwohl es doch keinen Sinn hätte, von einem *Sollens*urteil zu sagen, es sei wahr. Ein solches erhebt nämlich nicht den Anspruch, wahr zu sein, sondern den Sollensanspruch, *befolgt* zu werden. — Anderseits ist es auch verwirrend, daß KELSEN, obwohl in seinem Begriff von Urteil auch Normen mitinbegriffen sind, einen Befehl trotzdem nicht als Satz oder Urteil gelten lassen will.

[4]) A. a. O., S. 255.

[5]) Urteil im KELSENschen Sinne bedeutet demnach eigentlich den Inbegriff von Seinssätzen und von solchen Sollenssätzen, die keine Befehle sind.

satzes als hypothetisches Urteil wurde in bewußter Weise gegen die sogenannte Imperativtheorie Stellung genommen, die den Staat im Rechtssatze nicht sein eigenes Handeln, sondern das rechtmäßige Verhalten der Untertanen ‚wollen' läßt".[1]

Wir können uns an dieser Stelle nicht mit dieser Lehre in ihrer ganzen Breite befassen. Sie hängt mit Auffassungen Kelsens zusammen, auf die wir, wie auf seine Auffassung vom Staate und von der juristischen Bedeutung des Willensbegriffes, erst später eingehen können. Auch hängt sein Standpunkt mit der bereits besprochenen Grundrichtung seines Werkes zusammen, alle seinswissenschaftlichen, namentlich psychologischen und soziologischen, Gesichtspunkte von der juristischen Betrachtung fernzuhalten. Nur zeigt es sich bei dieser Frage wieder in aller Deutlichkeit, daß die juristisch-normative Methode nur auf Fragen des Rechtsinhaltes anwendbar ist, die Frage dagegen, was der Rechtssatz sei, keine normative Frage mehr ist, sondern nur nach seinswissenschaftlichen Gesichtspunkten beantwortet werden kann. In anderem Zusammenhange[2] sagt auch Kelsen, daß die Rechtsordnung die Voraussetzung aller juristischen Konstruktion ist, folglich selbst nicht juristisch konstruiert werden kann. Eine normativ-juristische Konstruktion des Wesens des Rechtssatzes würde aber doch wieder nur die juristische Konstruktion der Rechtsordnung bedeuten. Es handelt sich wieder um die grundlegende Erkenntnis, daß nicht der Begriff der Norm schlechthin etwas Letztes bedeutet, sondern nur die Natur der absoluten Normen. Andere Normen führen auf Seinstatsachen zurück, deren richtige Erfassung zur Erkenntnis ihres Wesens, ihrer Normnatur unerläßlich ist, wenngleich die

---

[1] Eine der Kelsenschen ähnliche Lehre ist schon bei J. Schein, (*Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz*, 1889, S. 5) angedeutet. Auch Schein bezeichnet das Recht als den „Inbegriff der Regeln des staatlichen Handelns, eine Sammlung aller Regeln, nach denen der Staat sein Verhalten einrichtet, respektive handelt". Auch ihm ist es damit hauptsächlich um eine Widerlegung der Imperativtheorie zu tun.

[2] A. a. O., S. 648/49.

Erfassung ihres besonderen Inhaltes eine rein normative Methode erfordert.[1])

Infolge der Vieldeutigkeit der Bezeichnungen „Urteil", „Norm", „Imperativ", „Satz" bedeutet auch die Lehre, daß der Rechtssatz ein hypothetisches Urteil sei, im Munde verschiedener Autoren ganz Verschiedenes. So hat sie z. B. bei ZITELMANN[2]) gar den Sinn, daß das Recht keine Norm sei.

---

[1]) Daß es auch bei der Erörterung der Frage, ob der Rechtssatz einen Befehl bedeute oder bedeuten könne, nicht auf die grammatische (imperativische oder indikativische) Fassung eines Rechtssatzes ankommen kann, braucht wohl nach dem in den §§ 60 u. 61 Ausgeführten nicht besonders hervorgehoben zu werden. In diesem Hinblick sagt H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit,* 1911, S. 21: „Heute ist man sich darüber einig, daß das hypothetische Urteil nur die *äußere Form* betrifft, und daß beispielsweise in der hypothetischen Fassung des § 242 StGB. derselbe klare Befehl ‚Du sollst nicht stehlen' enthalten ist wie im siebenten Gebot des Dekalogs".

[2]) ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft,* S. 201 ff.; vgl. auch *Gewohnheitsrecht und Irrtum,* Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 66, S. 449: „Der Satz, von dem gesagt werden kann, er gelte, ist ein hypothetisches Urteil". „Indem wir von einem Satz des Rechts sagen, er gelte, stellen wir uns eine eigentümliche Art seiner Wirklichkeit vor, nämlich, daß überall, wo die von jenem Satz bezeichneten Voraussetzungen eintreffen, auch die von jenem Satz bezeichnete Folge — ein Berechtigt- oder Verpflichtetsein einer Person eintritt."

Aber bereits BIERLING *(Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe,* II, S. 259—304; vgl. auch PFERSCHE, *Methodik der Privatrechtswissenschaft,* 1881, S. 81—83) hat gezeigt, daß ZITELMANN selbst mit seiner Lehre in Widerspruch gerät, wenn er behauptet, daß die erste Form des empirischen Auftretens des Rechts die Norm sei und das hypothetische Urteil erst eine entwickeltere Form des Rechts bedeute. BIERLING hat nachgewiesen, daß der Gedankengang ZITELMANNS auf einer Verwechslung der Rechtsnormen mit den Sätzen der Rechtswissenschaft beruhe, d. h. mit Urteilen, die auf die schon vorausgesetzte Geltung der Rechtsnormen gegründet sind. Vgl. über die Theorie ZITELMANNS sowie über die BIERLINGsche Kritik derselben auch KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,* S. 256—263, und MAIER, *Psychologie des emotionalen Denkens,* S. 679—684. Vgl. auch SCHUPPE, *Der Begriff des Rechts,* in Grünhuts Zeitschr., X, S. 349 ff., und sowohl über ZITELMANN wie SCHUPPE auch BRODMANN, *Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur,* S. 35 ff. Diese Lehre ist die Folge einer unklaren Auffassung ZITELMANNS über das Verhältnis von Seins- und Sollensbetrachtung und muß mit einer Klärung desselben verschwinden. Vgl. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft,*

Bei Hold v. Ferneck bedeutet diese Lehre hingegen überhaupt keinen eigentlichen Gegensatz zur Imperativtheorie.[1])

Eine gute Behandlung hat die Frage nach der logischen Form des Rechtssatzes bei H. Maier erfahren.[2]) Er zeigt, daß „alle allgemeinen Gebote und Verbote hypothetisch sprechen, sofern sie für bestimmte in der Zukunft zu erwartende Situationen bestimmte Verhaltungsweisen des Angeredeten fordern". Da, wie Maier ebenfalls zeigt,[3]) über das Wesen der hypothetischen Urteile „trotz der lichtvollen Untersuchungen Sigwarts und B. Erdmanns immer noch keine volle Klarheit herrscht", ist es nicht zu verwundern, daß sich diese Unklarheit auch über das Wesen des Rechtssatzes verbreitet.[4])

S. 200ff. Namentlich S. 203, wo von einer „Gleichheit in der Auffassung der Natur und des Rechts" die Rede ist, und S. 209: „Um es noch einmal zu präzisieren: Es ist nachzuweisen versucht worden, daß die gedanklichen Formen, in denen wir die Masse der juristischen Verhältnisse auffassen, dieselben sind, in denen wir die natürlichen Dinge auffassen, daß es sich also nicht um eine bloße Vergleichung, sondern in gewisser Hinsicht um eine Gleichheit handelt".

[1]) Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, 1903, S. 203 ff.; namentlich S. 205: „Mit der Lehre ist nichts anderes gesagt, als daß es auf die Sachlage ankommt, ob der Imperativ, den das Recht oft scheinbar unbedingt aufstellt, ergeht oder nicht ergeht". Eben deshalb findet er (a. a. O.), daß „sachlich auch Schlossmann (bei Grünhut, Bd. VII, S. 551) mit den hypothetischen Urteilen einverstanden ist; nur tadelt er, daß man hierbei von ‚Urteilen' spricht, weil das Urteil nur ‚Aussage über eine bereits vorhandene Beziehung' sei". Vgl. über Hold v. Ferneck auch Kelsen, a. a. O., S. 263—268.

[2]) Maier, a. a. O., S. 679—684.

[3]) A. a. O., S. 263.

[4]) Als hypothetisches Urteil bezeichnet den Rechtssatz auch Stammler, *Theorie*, S. 311. Dagegen Binder, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, S. 125/26; ferner Binder, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, S. 15 ff. Siehe auch die von Binder zitierte Literatur. Binder (*Rechtsbegriff und Rechtsidee*, S. 259) ist der Meinung, daß sich aus der Auffassung, wonach der Rechtssatz kein Urteil (= Aussagesatz), sondern eine Norm sei, Schwierigkeiten in bezug auf die Möglichkeit des juristischen Schlusses ergeben. Es läßt sich dagegen einwenden, daß das Schließen nicht gerade lauter Aussagesätze erfordert. Einem Forderungssatz läßt sich ein Aussagesatz subsumieren und dadurch wieder ein Forderungssatz gewinnen. Vgl. Maier, *Psychologie des emotionalen Denkens*, S. 615, über „volitive Schlüsse".

Achtes Kapitel.

Das Wollen.

§ 73. Der Grundbegriff des Wollens.

Indem wir das Recht als Norm, im Sinne von Forderung und des näheren als Willenssatz bezeichnet haben, erkannten wir im Willen ein Grundelement des Begriffes des Rechts. Das Recht ist nicht Wille, sondern nur Ausfluß eines Willens, es ist auch nicht Mitteilung eines Willens, sondern ein Willensakt. Jedenfalls ist der Begriff des Wollens im Begriffe des Rechts mitenthalten,[1] so daß die Notwendigkeit vorliegt, zur Beleuchtung des Rechtsbegriffes und alles dessen, was durch ihn bedingt ist, einen Blick auf den Begriff des Willens zu werfen.

Wir verstehen unter Wollen das Streben nach einem bewußten und durch eigene Tätigkeit zu verwirklichenden Zweck. Es ist unter unseren psychischen Zuständen das auf irgend etwas Gerichtetsein, der Trieb, oder das Streben als eine nicht weiter analysierbare psychische Erscheinung zu unterscheiden. Das Ziel eines solchen Gerichtetseins oder Strebens kann uns dabei unbestimmt und verschwommen, mehr oder weniger unbewußt vorschweben, in welchem Falle wir von „Triebhandlungen", von „unwillkürlichen Willenshandlungen", von einem unbewußten Sehnen oder Verlangen zu sprechen pflegen.[2]

Wenn wir dagegen das Ziel eines Sehnens klar erfassen, so macht es einen ferneren Unterschied, ob wir dieses Ziel als ein durch unsere eigene Tätigkeit zu bewirkendes oder als ein nicht durch unser Dazutun zu erreichendes auffassen.

---

[1]) Über Schwierigkeiten der Auffassung des Rechts als eines Wollens, die sich etwa daraus ergäben, daß das Recht zumeist nicht auf den Willen eines Einzelnen, sondern auf eine Mehrheit von Menschen zurückzuführen ist, weiter unten (§ 76) beim Problem des Gesamtwillens.

[2]) Gegen die Annahme eines unbewußten Wollens Traeger, *Wille, Determinismus, Strafe,* 1895, S. 16—22. Siehe auch die dort behandelte Literatur. Insbesondere Wundt, *Essays, Die Entwicklung des Willens,* S. 294 ff.; Sigwart, *Der Begriff des Wollens, Kleine Schriften,* II², S. 118; Hartmann, *Philosophie des Unbewußten,* II¹⁰, S. 118.

Im letztern Falle bezeichnen wir das Gerichtetsein auch als Wünschen; wir sehnen in einer schlaflosen Nacht den Morgen herbei, wir können nicht sagen, wir *wollen*, daß es bald Tag werde. Ein Wollen liegt erst vor, wenn das begehrte Ziel durch unsere eigene Tätigkeit herbeigeführt werden soll.[1])

Der Begriff der Kausalität steht also insofern bereits mit dem Begriff des Wollens in Verbindung, als das Wollen ein Streben nach einem Zweck durch eigene Tätigkeit ist. Es kommt nicht darauf an, ob diese eigene Tätigkeit wirklich zur Ursache jenes Zweckes wird, noch darauf, ob diese vorgestellte kausale Verknüpfung überhaupt möglich ist. Man kann auch das Unmögliche wollen.[2])

Es ist dazu noch zu bemerken, daß die hier gebrauchte Terminologie nicht so ganz einheitlich feststeht. Wird z. B. bereits jenes bloße Gerichtetsein als Wollen bezeichnet, so sind innerhalb dieses Begriffes die entsprechenden Unter-

---

[1]) Geyser, *Lehrbuch der allgemeinen Psychologie,* 2. Aufl., S. 600, 689; Sigwart, *Kleine Schriften,* II², S. 149: H. Maier, *Die Psychologie des emotionalen Denkens,* S. 616 ff.

[2]) Vgl. Kelsen, *Hauptprobleme,* S. 111: „Allerdings muß betont werden, daß Wünschen und Wollen sich nicht etwa nach der *objektiven* Möglichkeit oder Unmöglichkeit, die Triebsbefriedigung durch eigene Tätigkeit herbeizuführen (bezw. den Nichteintritt zu verhindern), scheidet. Es kommt lediglich auf die subjektive Meinung an. Wer etwas als Mittel seiner Bedürfnisbefriedigung vorstellt und im irrtümlichen Glauben, es nicht herbeiführen zu können, auf eigene Aktion verzichtet, wünscht bloß, obgleich er wollen könnte; und umgekehrt, wer etwas herbeiführen zu können glaubt, obgleich es tatsächlich für ihn unmöglich ist, und in diesem irrigen Glauben selbst tätig wird, will, wenngleich er vernünftigerweise bloß wünschen sollte, wie der berühmte Hahn, der durch sein Krähen den Sonnenaufgang zu bewirken glaubte, auch wirklich *will,* daß die Sonne aufgehe". Es ist daher irrtümlich, wenn Binding (*Normen,* II², S. 302) behauptet, man könne das Unmögliche sehr wohl wünschen, aber es gäbe kein Wollen des Unmöglichen, weil der Wille nichts anderes als das kausale Moment im Menschen bedeutet, eine Ursache des Unmöglichen aber undenkbar ist". Das objektiv Unmögliche kann gewollt werden, wenn es nur der Wollende nicht für unmöglich hält. Das als unmöglich Angenommene kann nicht gewollt werden, auch wenn es objektiv möglich ist. — Vgl. die Literaturangaben über den Unterschied von Wünschen und Wollen bei Binding, *Normen,* II², S. 303, Anm. 11.

scheidungen zu machen, wobei dann unser Wollen auch als Wollen im engeren Sinne oder auch als Wählen oder Willkür bezeichnet zu werden pflegt.[1])

---

[1]) Ehrenfels, *Werttheorie*, I, S. 6; Eisler, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, III^3, S. 1531, 1789; Elsenhans, *Lehrbuch der Psychologie*, S. 229, Anm.; Lipps, *Vom Fühlen, Wollen und Denken*, 2. Aufl., S. 20/21; Wundt, *Grundzüge der physiologischen Psychologie*, III^5, S. 248/49, 256; Wundt, *Grundriß der Psychologie*, 4. Aufl., S. 225; Stammler, *Theorie*, S. 82: „wünschendes und wirkendes Wollen". Zitelmann (*Irrtum und Rechtsgeschäft*, S. 101) setzt dem Trieb als einem bloß „inneren Spannungsverhältnis der Seele" den Willen als den „die motorischen Nerven in Bewegung setzenden psychischen Akt" entgegen, wobei jedoch die auf innere seelische Akte (z. B. Denken, Erinnern) gerichteten Wollungen zu kurz kommen. Ganz ähnlich bereits Austin (*Lectures*, I^5, S. 411 ff.), der unter Wollen bloß die Strebungen versteht, denen *unverzüglich* ihr Objekt folgt, oder die sich selbst konsumieren, oder die ihr Ziel ohne die Einschaltung von Mitteln erreichen. Er unterscheidet demgemäß das *Wollen* (will) streng vom *Beabsichtigen* (intention). Der Wille kann ausschließlich nur auf eigene Körperbewegung gerichtet sein, die Folgen einer solchen sind *immer* bloß beabsichtigt (intended), nicht aber gewollt (a. a. O., S. 421 ff.).

Sodann unterscheidet er vom Wollen auch die Beabsichtigung einer zukünftigen Handlung. Eine zukünftige Handlung kann — nach Austin (a. a. O., S. 435 ff.) — nicht gewollt, nur beabsichtigt sein. Vgl. über das Wollen eines fremden Wollens Br. Schmidt, *Der Staat*, S. 43 u. 25: „Im engeren und eigentlichen Sinne geht der Wille immer auf einen körperlichen Akt des Wollenden selbst; in einem weiteren Umfange wird jedoch auch der Zweck, für welchen diese eigene Handlung nur Mittel ist, als gewollt bezeichnet". Vgl. Kelsen, *Hauptprobleme*, S. 191 ff. Anders Sigwart (*Kleine Schriften*, II^2, S. 125), schon in Hinblick auf die auch juristisch interessante Möglichkeit des verneinenden Wollens: „*Nolle* heißt nicht einfach ‚nicht wollen' in dem Sinne, daß gar kein bewußtes Tun vollzogen würde, das unter den Begriff des Wollens zu subsumieren wäre, in dem Sinne, in welchem der Schlafende nicht will, sondern *nolle* heißt wollend einen möglichen Zweckgedanken verneinen". Siehe dagegen Kelsen, *Hauptprobleme*, S. 135 ff. Siehe auch Sigwart, a. a. O., S. 138, 150/51.

Die Unterschiede sind jedenfalls juristisch bedeutsam, die Benennungen weniger, da uns nichts daran hindert, die notwendigen Unterschiede innerhalb eines weiter gefaßten Willensbegriffes als Arten des Wollens auseinander zu halten. Vgl. die Behandlung dieser Frage bei Träger, *Wille, Determinismus, Strafe*, S. 27—43.

Die Frage, ob es nur ein Wollen von Körperbewegungen oder auch ein Wollen innerer seelischer Akte geben kann, ist jedoch wieder von der Frage, ob es auch ein Wollen eines Wollens geben kann, zu trennen.

Das Wollen ist ein psychischer Zustand, der uns aus innerer Erfahrung bekannt ist. Die verschiedenen *Willenstheorien* untersuchen, wie sich dieser Zustand zu anderen psychischen Erscheinungen, namentlich zu den Empfindungen, Vorstellungen, Gefühlen und Affekten verhält, ob er heterogenetisch aus anderen Elementen zu erklären ist, oder autogenetisch als ursprüngliche Energie des Bewußtseins.[1]) Für unseren Zweck ist es nicht notwendig, auf diese Fragen näher einzugehen und dieses nicht wenig dunkle und noch durchaus nicht abgeklärte Kapitel der Psychologie durchzunehmen; wie dem auch sei, bleibt das Wollen doch immer ein individueller Bewußtseinszustand, den wir aus der inneren Wahrnehmung kennen und den wir niemandem erklären könnten, der ihn aus der inneren Erfahrung nicht kennte.[2])

Es bedarf wohl kaum einer besonderen Hervorhebung, daß wir den Begriff des Wollens an dieser Stelle nur insoweit zu untersuchen haben, als er als Vorbegriff des Rechts in Betracht kommt. Folglich brauchen wir die mannigfaltigen Gestaltungen und Möglichkeiten, die sich innerhalb dieses Begriffes befinden und die von einer Rechtsordnung juristisch bedeutsam gemacht werden können oder sollten, nicht zu berück-

---

[1]) Wundt, *Grundzüge der physiologischen Psychologie*, III[5], S. 296 bis 313; Wundt, *Ethik*, II[3], S. 43—48; Elsenhans, *Lehrbuch der Psychologie*, S. 299—302; Geyser, *Lehrbuch der allgemeinen Psychologie*, 2. Aufl., S. 674—687; Sigwart, *Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache*, Kleine Schriften, Zweite Reihe, 2. Aufl., S. 115—211; Ach, *Über den Willen*; Ach, *Über die Willenstätigkeit und das Denken*; Ach, *Willensakt und Temperament*; Neumann, *Intelligenz und Wille*; Münsterberg, *Die Willenshandlung*, 1888; Natorp, *Grundzüge einer Theorie der Willensbildung*, Arch. f. syst. Phil., 1895/96; H. Maier, *Psychologie des emotionalen Denkens*, S. 557 ff. und die dort angeführte Literatur.

[2]) Vgl. James, *The Principles*, II, S. 501; H. Maier, *Psychologie des emotionalen Denkens*, S. 562 63: „Daß das Wollen, oder allgemeiner gesprochen, das Begehren, nicht weiter beschrieben und definiert, ja nicht einmal in der abstrahierenden Analyse von den übrigen Bestandteilen der Erlebnisse recht losgelöst werden kann, darf nicht befremden. Das Begehren ist ein psychisch Letztes, ohne das zugleich das psychische Leben selbst schlechterdings nicht vorgestellt werden könnte". Ähnlich bereits Lotze, *Medizinische Psychologie*, 1852, S. 300; v. Hartmann, *Philosophie des Unbewußten*, 1876, I[7], S. 101; Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, 1879, S. 37 u. a. m.

sichtigen. Nicht darauf kommt es uns an, inwiefern das Wollen für irgend welche Rechtsordnungen Bedeutung hat, sondern bloß darauf, inwiefern bereits im nackten Rechtsbegriffe der Begriff eines Wollens steckt. Also nicht darauf, was am Wollen juristisch relevant werden kann, sondern nur darauf, inwiefern das Wollen nicht juristisch irrelevant sein kann.

Diesbezüglich ist noch hervorzuheben, daß der psychologische Begriff des Wollens von jeder Rechtsordnung auch noch in einer anderen Beziehung notwendigerweise vorausgesetzt ist. Außer daß jede einzelne Rechtsnorm ihrem Begriffe nach auf einen Willen hinweist, hat der Begriff der Rechtsordnung den Begriff des Wollens noch ein zweitesmal dadurch zur Voraussetzung, daß eine Rechtsordnung notwendigerweise Handlungen von Menschen fordern muß und im Begriff der Handlung ebenfalls der des Willens mitgesetzt ist, da Handlungen nur gewollte Funktionen sind. Allerdings kann das Recht auch anderes als Handlungen, z. B. auch bloße Gesinnungen fordern, aber eine Macht, die nicht auch Handlungen forderte, wäre keine Rechtsmacht. Die Handlung als Objekt der Rechtsnorm ist mithin ein Grund- oder Voraussetzungsbegriff der Jurisprudenz, während etwaige andere Objekte von Rechtsnormen nur zum möglichen Inhalt des Rechts gehören.[1]) Es muß Rechtsnormen über Handlungen geben, damit Normen derselben Macht, die auf Nicht-Handlungen gerichtet sind, Rechtsnormen sein können. Es ist damit wieder nicht zu verwechseln, daß auch an Nicht-Handlungen Folgen durch eine Rechtsnorm geknüpft sein können, denn in der Feststellung der Folgen liegt nochmals der Handlungsbegriff und damit der des Wollens. Es ist also nicht zu übersehen, daß Rechtsnormen, welche Folgen an Tatbestände knüpfen, die keine Handlungen sind, den Handlungs- und mit ihm den Willensbegriff nichtsdestoweniger zur Voraussetzung haben.

---

[1]) Ein näheres Eingehen auf den Begriff des Rechtsobjektes und auf sein Verhältnis sowohl zu dem Begriffe des Rechtsinhalts, wie auch zu dem der Sache kann hier unterbleiben. Siehe darüber Austin, *Lectures,* I^5, S. 358, 385—388; Bierling, *Prinzipienlehre,* I, S. 239—273; Stammler, *Theorie,* S. 194—203.

§ 74. Der Rechtsinhaltsbegriff des Wollens.

Dieser hier ausgeführte Begriff des Wollens muß von jeder Rechtswissenschaft notwendigerweise vorausgesetzt werden, denn er steckt bereits im Begriffe des Rechts selbst.

Indem wir das Recht als einen Begriff von empirischen Normen erkannt haben, mußten wir damit bereits den hier entwickelten Begriff des Wollens mitdenken.

Dagegen ist nun zu beachten, daß im Inhalte der Rechtsnormen ein davon verschiedener Begriff des Wollens gegeben sein kann.

Wir haben bereits gesehen, daß das Recht entweder gegebene Begriffe einfach übernehmen oder neue Begriffe nach Belieben bilden kann. So kann eine Rechtsordnung auch feststellen, daß unter gewissen Bedingungen ein Wille irgend jemandes anzunehmen sei, wodurch dann im Gegensatz zu dem ausgeführten naturwissenschaftlichen oder psychologischen Willensbegriff ein besonderer juristischer Willensbegriff zustande kommt.

Der psychologische Willensbegriff ist für jede Rechtswissenschaft unentbehrlich; ob es auch noch einen *davon verschiedenen* juristischen oder Rechtsinhaltsbegriff des Wollens gibt, ist hingegen immer eine besondere Frage, deren Beantwortung nur aus dem besonderen Rechtsinhalte möglich ist, für den sie gestellt wurde.

Wie aber, wenn Rechtsnormen zustandekommen, die selbst für den Willen der Rechtsmacht gewisse Bestimmungen aufstellen und seine Annahme unter andern Umständen nicht zulassen? Wird dadurch der psychologische Willensbegriff nicht gänzlich für die Lehre dieses Rechts vernichtet, gelangt dadurch in ihr nicht der juristische Rechtsbegriff zur Alleinherrschaft? Keineswegs. Ein etwaiger Rechtsinhaltsbegriff des Wollens kann an den psychologischen Begriff des Wollens, der eine der Voraussetzungen jeder Jurisprudenz ist, gar nicht hinan. Wie eine rechtsinhaltliche Definition des Rechts nicht jenen Wesensbegriff des Rechts beeinträchtigen kann, den jede Jurisprudenz vorauszusetzen gezwungen ist, so kann auch eine rechtsinhaltliche Bestimmung

über eines der Glieder dieses Rechtsbegriffes die vorjuristische Wesensbedeutung dieses Gliedes für die Jurisprudenz nicht aufheben.

Die Jurisprudenz ist vielmehr in solchem Falle genötigt, mit zwei verschiedenen Begriffen des Wollens zu arbeiten. Mit dem ihr unentbehrlichen juristischen Grundbegriffe des Wollens und mit dem Rechtsinhalts- oder juristischen Allgemeinbegriff des Wollens.

In den bezüglichen juristischen Untersuchungen wird gewöhnlich der doppelte Fehler begangen, daß erstens die Bedeutung des Willensbegriffes als einer Voraussetzung für jede Jurisprudenz nicht gehörig abgegrenzt wird, und daß zweitens der Rechtsinhaltsbegriff des Wollens nur allzu häufig nicht normativ-juristisch, sondern seinswissenschaftlich-psychologisch behandelt wird. Man ist darüber gewöhnlich nicht zur Klarheit gelangt, daß es die Jurisprudenz mit zweierlei Willensbegriffen zu tun hat, von denen der eine nur aus einem gegebenen Rechtsinhalte heraus behandelt werden darf. Das ist gewöhnlich der Fall, wenn im Gebiete des Zivil- und Strafrechts bei der Behandlung solcher Fragen, die den Rechtsinhaltsbegriff des Wollens betreffen, aus dem Wesen des Wollens irgendwelche juristischen Schlüsse gezogen werden, anstatt daß man sie bloß daraus zöge, was der Normgeber unter einem Wollen verstanden haben will. Es bedeutet einen Unterschied, was Wille ist und inwiefern er für die Jurisprudenz in Betracht kommt, und was anderseits einem Rechtsinhalt gemäß unter einem Wollen zu verstehen ist. Diese beiden Begriffe brauchen sich durchaus nicht zu decken.[1])

Freilich hat die seinswissenschaftliche psychologische Untersuchung des Wollens auch eine Bedeutung für die Feststellung des rechtsinhaltlichen Begriffes des Wollens, insofern als eine Seins-

---

[1]) Richtig Binder, *Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftes,* Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, Bd. V, S. 266: „Die Frage, welche Bedeutung dem Willen des Erklärenden im Tatbestand des Rechtsgeschäftes zukommt, ist weder eine Frage der Rechtsphilosophie, noch der Psychologie, sondern ausschließlich eine Frage der positiven Rechtswissenschaft".

analyse des juristisch zu regelnden oder geregelten Tatbestandes überhaupt für die Jurisprudenz ihre Wichtigkeit hat. Insofern hat ZITELMANN[1]) damit recht, daß sich „kein einigermaßen entwickeltes Recht der Berücksichtigung der psychischen Tatsachen“ des Willens, wenn sie einmal klargelegt sind, wird entziehen können, und daß eine Erörterung dieser Tatsachen eine wichtige Vorarbeit für eine künftige Gesetzgebung bedeutet, weil sie die verschiedenen Möglichkeiten auseinanderlegt, an die Rechtsfolgen geknüpft werden können. Aber auch für eine Untersuchung de lege lata ist die Analyse der psychischen Tatsachen des Wollens von Wichtigkeit, weil sie für die Interpretation des Rechtsinhaltes wesentlich sind.

Es kommt derartigen Zergliederungen die Bedeutung zu, die wir bereits den phänomenologischen Analysen als Grundlagen des bürgerlichen Rechts zuerkennen konnten.[2])

Im Zivilrecht und namentlich bei dem Problem des Rechtsgeschäftes wird sich für eine juristische Regelung z. B. die Frage erheben, inwiefern sich irgendwelche Rechtsfolgen an den bloßen Willen oder erst an seine Erklärung knüpfen, und was zu geschehen habe, wenn sich der tatsächliche Wille und der in einer Erklärung als solcher bezeichnete nicht decken.

Die juristische Regelung kann dabei etwas als Willen bezeichnen, was im psychologischen Sinne gar keiner ist, sie kann einen Willen präsumieren und fingieren, sie kann also an dem psychologischen Begriff des Wollens nach Belieben herummodeln, sie kann ihn einengen oder ausdehnen und somit zu einem besonderen Begriffe von Wollen gelangen.

Es ist auf den ersten Blick einleuchtend, daß z. B. der juristische Begriff der Willensfähigkeit nicht dasselbe bedeutet wie die psychische Fähigkeit zu wollen, es ist bereits *damit* neben den psychologischen Begriff des Wollens ein besonderer rechtsinhaltlicher gesetzt.[3])

---

[1]) ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, S. 20.

[2]) Weniger richtig ist die Bemerkung ZITELMANNS (a. a. O., S. 19), daß man von der psychologischen Bedeutung des Willensbegriffes ausgehen müsse, anstatt die Untersuchung aus den Quellen zu führen.

[3]) KELSEN, *Hauptprobleme*, S. 122.

Für die Eigenart des rechtsinhaltlichen Willensbegriffes ist es besonders bezeichnend, daß es deren selbst in derselben Rechtsordnung mehrere geben kann. Für das Rechtsgeschäft kann z. B. in irgend einer Rechtsordnung ein anderer Willensbegriff gelten als für das Strafrecht. Inwiefern das Mittel eines gewollten Zweckes oder die Folge eines solchen usw. nach irgend einer Rechtsordnung als gewollt zu betrachten ist, kann nur aus rechtsinhaltlichen Erwägungen juristisch-normativ festgestellt werden.

Den Unterschied eines psychologisch-seinswissenschaftlichen und eines juristisch-normativen Willensbegriffes hat Kelsen [1]) klar gezeigt. Von unserem Gesichtspunkte aus ist seinen Ausführungen nur noch hinzuzufügen, daß die Jurisprudenz nicht umhin kann, auch den psychologischen Willensbegriff vorauszusetzen. Allerdings darf sie sich seiner nicht bei der Konstruktion von Rechtsinhalten bedienen, sie muß ihn jedoch bei ihren Grundbegriffen verwenden. Das Recht ist nicht juristisch zugerechneter Wille, sondern psychologischer Wille, und sein Begriff setzt auch einen psychologischen Adressatenwillen voraus. Alles weitere ergibt sich aber aus dem Rechtsinhalt und gehört demnach in den Bereich des normativ-juristischen Willens.[2])

§ 75. Recht und Willensfreiheit.

Erst mit der Unterscheidung des Wesensbegriffes und des Rechtsinhaltsbegriffes des Wollens ist die unentbehrliche Voraussetzung zur richtigen Lösung der Frage gegeben, welchen Standpunkt der Jurist hinsichtlich der Willensfreiheit einzunehmen hat.

---

[1]) Kelsen, *Hauptprobleme*, namentlich S. 106ff.

[2]) Eine unklare Vorstellung von diesen zweierlei Willensbegriffen und von ihrem Verhältnis zueinander zeigen die Ausführungen Bindings, indem er (*Normen*, II². S. 10) zunächst von „einer esoterischen Psychologie des Rechts" seinen Ausgangspunkt nimmt und dann wieder meint, „daß die Wissenschaft vor solchen sozusagen amtlichen Wahrheiten Halt zu machen nicht verpflichtet ist". Ungenau auch S. 12, Anm. 14: „Das Gute, das auch wir Juristen aus der theoretischen Psychologie entnehmen können, wollen wir mit Dank annehmen; wo aber das Recht in Grund-

Die Frage ist für jeden unserer beiden Willensbegriffe besonders zu lösen.

Was den Begriff des Wollens als juristischen Grund- oder Voraussetzungsbegriff angeht, so ist dieser, wie wir gefunden haben, für die juristische Grundlehre und damit für die Jurisprudenz in doppelter Hinsicht von Bedeutung: zunächst als Bestandteil des Begriffes einer empirischen Norm, also indem das Recht als etwas Gewolltes aufzufassen ist. In dieser Beziehung ist es für die juristische Grundlehre und damit auch für die Jurisprudenz gleichgültig, wie das Zustandekommen des Willens zu denken sei, ob als Wirkung irgend welcher Ursachen oder aber als freie Tätigkeit des Wollenden. Die Rechtslehre hat es in dieser Hinsicht mit dem fertigen Willen zu tun, sie hat diesen Begriff vorauszusetzen, alles weitere kommt für sie nicht in Betracht. Sie hat folglich keine Veranlassung, diesbezüglich auf die Frage der Freiheit oder der Gebundenheit des Willens einzugehen.[1])

In zweiter Hinsicht kommt der vorjuristische oder Wesensbegriff des Wollens für die Rechtslehre insofern in Betracht, als es zum Begriffe einer Rechtsordnung gehört, gewollte Betätigungen zu fordern. Auch diesbezüglich bleibt die Frage der Freiheit oder der Gebundenheit des psychologischen Wollens für die Rechtslehre vollkommen irrelevant. Allerdings

---

fragen seinen eigenen festen Gang geht, dürfen wir Juristen uns nicht abdrängen lassen". Auch wieder S. 314/15: „Für den Juristen gibt es ein Wollen des Unvorgestellten, und so wäre es für ihn durchaus angebracht, die den juristischen Anschauungen allein entsprechende Terminologie zu begründen und sich nicht aus Angst vor den Psychologen davor zu scheuen". Und ebenda Anm. 37: „Wie weit Philosophen, Psychologen und Historiker sich diesen Gedanken aneignen wollen, muß ich natürlich ganz ihnen überlassen". Es bricht also bei Binding die Lehre von den zweierlei Willensbegriffen durch, doch fehlt es an einer prinzipiellen Grenzlinie dafür, inwieweit der Jurist bei seiner Begriffsbildung auf die Wirklichkeit der Psychologie und inwieweit er auf die Bestimmungen des Rechts zu achten hat.

[1]) Ganz abgesehen davon, daß diese Frage in richtiger Erfassung der Kantschen Lehre für das psychologische Problem des Willens überhaupt nicht erhoben werden kann, sondern nur für die ethische Willenslehre von Bedeutung ist. Siehe Windelband, *Über Willensfreiheit,* 1904; v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts,* 14. Aufl., S. 82/83 und Anm. 5.

bedeutet das Wollen ein Streben nach einem, durch den Wollenden zu verwirklichenden Zweck. Wenn nun die Rechtsnorm ein Wollen und ihr Zweck ein Handeln und insofern auch wieder ein fremdes Wollen ist, so bedeutet es allerdings ein durch die Rechtsmacht zu verwirklichendes Wollen, und es könnte den Anschein haben, als wenn hierin die Voraussetzung der Unfreiheit dieses zu bewirkenden Wollens stecken würde. Dazu ist aber sofort zu bemerken, daß es für den Begriff des Wollens, wie wir gesehen haben, nicht darauf ankommt, ob der gewollte Zweck tatsächlich durch ein Dazutun des Wollenden herbeigeführt wird, es genügt, daß der Wollende dieses Bewirken beabsichtigte. Mit dem Begriff einer Willensnorm ist also der Determinismus, die faktische Verursachung von Wollungen nicht mitgesetzt, sondern bloß die Absicht der Einwirkung seitens des Normsetzers, was wohl etwas von der Lehre des Determinismus ganz Verschiedenes ist.

Ähnlich erledigt sich auch die Annahme, die Willensfreiheit des Adressaten sei schon im Begriffe der Norm vorausgesetzt. Da die Norm ein Sollen bedeutet, könnte man meinen, ein Sollen könne nur dann einen vernünftigen Sinn haben, wenn sowohl ein Befolgenkönnen wie ein Nichtbefolgenkönnen vorliegt. Wo ein naturnotwendiges Befolgenmüssen oder ein naturnotwendiges Nichtbefolgenkönnen vorliegt, hätte ein Sollen oder eine Norm keinen Sinn.

Diese beiden Gesichtspunkte liegen in zwei verschiedenen Ebenen. Das Sollen ist die normative Bedeutung, der Geltungsanspruch der Norm, der mit Tatsächlichem nichts zu tun hat. Auch das kausal Gemußte kann gesollt oder nicht gesollt sein.

Schließlich ist noch die Frage aufzuwerfen, ob nicht etwa im Begriffe des subjektiven Befolgens einer Norm der Begriff einer Verursachung dieses Befolgens durch die Norm stecke. Aber auch diese Frage ist zu verneinen. Die subjektive Befolgung bedeutet bloß, daß die Norm zum Motiv der Befolgung werde. Daß jedoch eine Norm kausal notwendig zum Motiv werde und daß dieses Motiv nicht etwa aus freien Stücken erwählt worden sei, ist im Begriff des subjektiven Befolgens nicht mehr mitgesetzt.

Daß ein Motiv befolgt werde, ist mit dem Standpunkte des Indeterminismus nicht unvereinbar, wenn nur angenommen wird, daß der Befolgende die freie Wahl hatte, welchem Motiv er folgen wollte. Es ist die „Kausalität aus Freiheit". Aus der bloßen Tatsache der Befolgung läßt es sich nicht entscheiden, ob sie als freie oder als kausal bedingte zu denken sei.

Es ist also die Frage der Freiheit oder der Gebundenheit des Willens für die juristische Grundlehre gleichgültig. Weder die eine noch die andere Stellungnahme gehört zu ihren Voraussetzungen. Es sei dem, wie es wolle, in den Tatsachen des Rechtsbegriffes liegt nichts, was mit der einen oder mit der anderen Auffassung schlechthin unverträglich wäre.

Anders gestaltet sich dieses Verhältnis für den Rechtsinhaltsbegriff des Wollens. Über diesen läßt sich, wie wir wissen, überhaupt nichts Allgemeingültiges bestimmen. In bezug auf diesen Inhalt ist die Rechtsmacht souverän. Der Rechtsinhaltsbegriff, oder die verschiedenen Rechtsinhaltsbegriffe des Wollens können nur a posteriori für jede besondere Rechtsordnung aus ihren besonderen Bestimmungen durch die technisch-juristische Methode gewonnen werden. Es kann also weder mit Fug behauptet werden, daß für diesen Begriff der Determinismus Voraussetzung sei, noch das Gegenteil. Es kann sowohl das eine wie das andere der Fall sein, wie es auch möglich ist, daß sich die Bestimmungen einer gegebenen Rechtsordnung zu dieser Frage ebenfalls gleichgültig verhalten.[1]) Das Fehlen der hier durchgeführten Unterscheidungen führte in der Literatur über unsere Frage zu verschiedenen Unklarheiten.

So sieht Binding in der Willensfreiheit eine „eherne Grundauffassung des Rechts", ohne die sich „keine Rechtsordnung, ja nicht einmal der kleinste Teil einer solchen" denken läßt. Er zählt sie zu den „offiziellen ewigen Rechtswahrheiten, d. h. Wahrheiten, zu denen jede Rechtsordnung

---

[1]) Vgl. Hold v. Ferneck. *Rechtswidrigkeit*, I. S. 71: „In der modernen Strafrechtswissenschaft gibt sich vielfach die Tendenz kund, die Entscheidung für oder wider die Freiheit als der Jurisprudenz nicht präjudizierend anzusehen".

sich bekennen muß, solange sie selbst Bestand hat".[1]) Sehen wir uns aber nach der Methode um, womit BINDING solche, für jedes Recht notwendige Wahrheiten finden zu können meint, so ergibt sich diesbezüglich weiter nichts als eine armselige Berufung auf das Zeugnis der Vergangenheit. Selbst wenn wir dieses Zeugnis ohne nähere Untersuchung annehmen, folgt doch sicherlich nichts daraus für die Unmöglichkeit eines davon verschiedenen Rechtsinhaltes. Daraus, daß das Recht immer einen bestimmten Inhalt hatte, folgt nicht, daß es ihn auch haben müsse. Diese Folgerung wäre nur zulässig, wenn gezeigt werden könnte, daß dieser Inhalt ein Glied des Rechtsbegriffes ausmachte. Somit könnte die Willensfreiheit, selbst wenn sie tatsächlich einen allgemeinen Rechtsinhalt bedeutete, keine „ewige Rechtswahrheit", sondern nur einen „Allgemeinbegriff", also einen Rechtsinhaltsbegriff abgeben.

KELSEN[2]) kommt auf anderem Wege für seinen normativen Willensbegriff zu einem ähnlichen Ergebnis wie BINDING: „Der Wille muß für die ethisch-juristische Betrachtung unter allen Umständen frei sein." „Das Postulat der Willensfreiheit" sei „das Um und Auf, die prinzipalste Voraussetzung aller ethisch-juristischen Spekulation." „Wäre der Wille unfrei, d. h. die notwendige Folge einer Ursache, dann wäre nicht zu begreifen, was er neben der Körperbewegung für die ethisch-juristische Betrachtung für besondere Bedeutung haben könnte! Es wäre dann ein ganz nebensächliches Mittelglied zwischen der Körperbewegung und dem Endglied der zu dieser Muskelkontraktion führenden Kausalreihe. Gerade für die ethisch-juristische Betrachtung wäre ein solcher gebundener Wille etwas völlig Überflüssiges, und sie könnte sich durchaus mit der Körperbewegung begnügen."

Ganz abgesehen von der Richtigkeit oder der Unrichtigkeit dieser Behauptung, läßt sie selbst die Möglichkeit zu, daß die juristische Betrachtung auch ohne die Annahme der Willensfreiheit auskommen könne, nur bedürfte sie dann des Willens-

---

[1]) BINDING, *Normen*, II[2], S. 4.
[2]) KELSEN, *Hauptprobleme*, S. 191 ff.

begriffes überhaupt nicht. Es wäre also gerade nach den eigensten Voraussetzungen KELSENS immer erst aus den Quellen zu zeigen, ob irgend eine Rechtsordnung auf der Grundlage der Willensfreiheit stehe, oder ob der juristische Willensbegriff für sie überflüssig sei.

§ 76. Der Gesamtwille.

Da die Rechtsnorm als empirische Norm eine Willensforderung ist, die Rechtsmacht aber sowohl aus einem Einzelnen wie aus einer Mehrheit von Menschen bestehen kann, und gewöhnlich gerade das letztere der Fall ist, so ist mit dem Begriffe einer Rechtsnorm nicht nur der Begriff des Willens, sondern auch der Begriff einer Einheit mehrerer Willen, oder kürzer: der Begriff eines kollektiven oder Gesamtwillens gegeben. Dieser bildet also einen juristischen Grundbegriff. Es ist dabei darauf zu achten, daß die Bezeichnung „Gesamtwillen“ in verschiedenem Sinne gebraucht wird.

Zunächst bedeutet sie nichts weiter als die einfache Tatsache der inhaltlichen Willensübereinstimmung einer Mehrheit von Menschen.

Sodann wird von einem Gesamtwillen in all den Fällen gesprochen, in denen entweder der Wille eines Einzelnen oder mehrere übereinstimmende Einzelwillen einer Mehrheit von Menschen zugerechnet werden. In diesem letztern Falle ist also die Gesamtheit, von der ausgesagt wird, daß sie einen Gesamtwillen habe, von der Gesamtheit, deren Mitglieder einen tatsächlich übereinstimmenden Willen haben, zu unterscheiden. Während diese eine sozusagen natürliche Einheit der Übereinstimmung ist, ist jene eine normative Einheit, nämlich eine Einheit, die durch die Norm gebildet ist, wonach der Wille der einen Gruppe als Wille der anderen angesehen werden *soll.* Die betreffende Norm kann wieder der verschiedensten Art sein. Sie kann eine konventionale Norm sein, wie eine solche bereits in einem entsprechenden Sprachgebrauche steckt, oder sie kann eine juristische sein, wodurch dann ein Rechtsinhaltsbegriff eines Gesamtwillens zustande kommt.

Wir sagen z. B. von einer Gruppe von Menschen, sie will etwas, wenn wir damit bloß die Tatsache meinen, daß alle ihre Glieder dasselbe wollen. Wir pflegen aber auch von einer Menge zu sagen, sie will etwas, wenn wir damit nicht meinen, daß gerade alle ihre Glieder dasselbe wollen, sondern wenn damit nur gesagt sein soll, daß z. B. der weitaus größte Teil dasselbe will. In diesem zweiten Falle sind bereits jene zwei verschiedenen Begriffe von Gesamtwillen mit einander verknüpft: die tatsächliche Gleichheit von Wollungen der überwiegenden Anzahl der Mitglieder, und die konventionell-normative Zurechnung dieses übereinstimmenden Wollens an jene zweite Gesamtheit, die auch die nicht Zustimmenden umfaßt.

Natürlich kann nun diese Zurechnung wieder nach der Maßgabe der verschiedensten Norminhalte geschehen. Sie braucht sich nicht auf den Fall einer überwiegenden Mehrheit zu beschränken. Ebensogut kann eine einfache mathematische Mehrheit und desgleichen eine Minderheit oder auch ein Einzelwille zugrunde gelegt sein. Das hängt gänzlich vom Inhalt der Norm ab, auf deren Grund die Zurechnung erfolgt.[1])

Nun ist aber auch noch eine dritte Bedeutung des Wortes Gesamtwillen zu berücksichtigen. Die Willensübereinstimmung einer Vielheit von Menschen kann das Ergebnis einer bewußten oder unbewußten gegenseitigen Beeinflussung ihrer Mitglieder sein. Der übereinstimmende Wille aller ist dann ein Ausgleich ihrer Wollungen: der Wille eines jeden ist aus dem Willen aller übrigen hervorgegangen. In diesem besonderen Sinne pflegt man den Gesamtwillen als kollektivpsychologische Erscheinung in Gegensatz zum Einzelwillen zu setzen.

Es sind also die Begriffe des Gesamtwillens als bloßer *Übereinstimmung*, als *Zurechnung* und als Ausfluß einer *Wechselwirkung* zu unterscheiden; wir können sie als *einfachen, normativen* und *kollektivpsychologischen* Gesamtwillen bezeichnen.

---

[1]) Die Sachlage wird häufig noch dadurch kompliziert, daß die Norm, wonach die Zurechnung erfolgt, wieder einen anderen Kollektivwillen hinter sich haben kann.

Die beiden letzteren Arten können auch in der Verbindung erscheinen, daß ein kollektiv-psychologischer Gesamtwille als Grundlage eines normativen dient.[1])

Auf Grund dieser Auseinanderhaltung läßt sich die vielumstrittene Frage leicht lösen, ob der Gesamtwille einfach eine Summe von Einzelwillen oder, wie dagegen eifrig betont zu werden pflegt, etwas davon Verschiedenes sei, wenn auch häufig nicht klar gesagt wird, worin es bestehe.[2])

Der normative und auch der kollektiv-psychologische Gesamtwille sind freilich nicht bloß Summen von Einzelwillen, sondern es muß für den normativen auch noch die Zurechnungsnorm hinzukommen, für den kollektiv-psychologischen aber jene wechselseitige Beeinflussung, als deren Ergebnis erst die Ausgleichung der Willensinhalte zustande kommt. Der Gesamtwille im letztern Sinne ist sodann freilich keine bloße Summe von gleichgerichteten Einzelwillen, sondern eine Summe durch gegenseitige Beeinflussung ausgeglichener und erst dadurch gleichgerichteter Einzelwillen.[3])

Etwas Wirkliches ist aber der Gesamtwille in jeder Hinsicht, nur sind es verschiedenartige Wirklichkeiten, die

---

[1]) Oft wird der Begriff des Gesamtwillens auf die Fälle beschränkt, in denen ein inhaltlich gleicher Wille der Glieder einer Gesamtheit vorliegt. So z. B. Wundt, *Ethik,* II³, S. 54, 67; Kelsen, *Hauptprobleme,* S. 163.

[2]) Statt Vieler: Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive,* 1901, S. 6/7; Kistiakowski, *Gesellschaft und Einzelwesen,* 1899, S. 150 ff.; Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts,* 1874, S. 25.

[3]) Diese Tatsache wird zumeist in dunkeln Bildern zum Ausdruck gebracht. So bei Savigny, *System des heutigen römischen Rechts,* I, 1840, S. 14: „In dem gemeinsamen Bewußtsein des Volkes lebt das positive Recht. Es ist dieses aber keineswegs so zu denken, als ob es die einzelnen Glieder des Volkes wären, durch deren Willkür das Recht hervorgebracht würde; denn diese Willkür der Einzelnen könnte vielleicht zufällig dasselbe Recht, vielleicht aber, und wahrscheinlicher, ein sehr mannigfaltiges erwählen. Vielmehr ist es *der in allen Einzelnen gemeinschaftlich lebende Volksgeist,* der das positive Recht erzeugt, das also für das Bewußtsein jedes Einzelnen nicht zufällig, sondern *notwendig dasselbe* Recht ist". — Bei Puchta, *Gewohnheitsrecht,* I, S. 134—138, macht sich der Mangel der Unterscheidung der normativen und des kollektiv-psychologischen Begriffes eines Gesamtwillens geltend.

es dabei zu unterscheiden gilt. Auch eine Regelung ist etwas Wirkliches.[1])

Der normative Begriff des Gesamtwillens kommt für die juristische Grundlehre nicht in Betracht. Auch wird es wohl kaum der Fall sein, daß die Willensübereinstimmung einer Gesamtheit, aus der die Normen einer Rechtsmacht hervorgehen, eine bloß zufällige Übereinstimmung wäre. Es wird das schon deshalb kaum der Fall sein, weil jene Übereinstimmung eine dauernde sein muß, um zu einer Rechtsnorm führen zu können. Sie wird vielmehr aus Willensreibungen, Vereinbarungen und unbewußten Beeinflussungen entstehen: es ist der kollektiv-psychologische Begriff eines Gesamtwillens, den die juristische Grundlehre zugrunde zu legen hat.

Man sieht darin, daß die Rechtsnorm gewöhnlich nicht von einem Einzelwillen, sondern von einem Gesamtwillen ausgeht, eine Schwierigkeit ihrer Auffassung als etwas Gewolltem und meint, es sei bloß ein bildlicher Ausdruck, wenn wir sie auf einen Willen zurückführen. Zu Unrecht.

Daraus, daß etwas von Mehreren gewollt wird, ergibt sich keineswegs, daß es nicht gewollt sei. Und daraus, daß sich die betreffenden Willen erst wie die Kieselsteine eines Flußbettes gegenseitig abgeschliffen haben, bevor sie gleich geworden sind, folgt nicht, daß sie aufgehört hätten, Willen zu sein.[2])

---

[1]) Vgl. die Unterscheidung Kiskiakowskis (*Gesellschaft und Einzelwesen*, 1899, Kap. 5) von Kollektivbegriffen und Kollektivwesen. — Nach Bierling, *Gesamtwille und Gesamthandlung*, 1899 (S.-A. aus der Festgabe für Bekker) haben diese Begriffe „nur die Bedeutung von eigentümlich gearteten Anschauungsbildern, in denen wir eine irgendwie tatsächlich gegebene Vielheit von Erscheinungen unter einem bestimmten Gesichtspunkte als Einheit zusammenfassen".

[2]) Br. Schmidt (*Der Staat*, 1896, S. 36) versucht — wenigstens für den Kollektivwillen des Deutschen Reiches zu zeigen, daß er sich nicht auf übereinstimmende Einzelwillen zurückführen lasse. Eine solche Zurückführung erfordere zunächst: „daß ein jeder schon weiß oder mindestens glaubt, daß auch die anderen Teilnehmer denselben wirklich haben". Weshalb dies erforderlich sei, ist aber nicht einzusehen und wird nicht näher erklärt. Sodann wendet aber Schmidt gegen eine derartige Zurückführung auch noch ein, daß die Teilnehmer des Bundesrats nur einen Bundesratsbeschluß, nicht ein Gesetz *wollen* können, weil man

Der von der juristischen Grundlehre vorauszusetzende Begriff eines Gesamtwillens ist ein seinswissenschaftlicher Begriff und ist von jedem rechtsinhaltlichen Begriff eines Gesamtwillens, den es geben kann, der aber nicht unbedingt gegeben sein muß, sorgfältig zu unterscheiden.

Neuntes Kapitel.

Die Gesellschaft.

§ 77. Gesellschaft als Normbefolgung.

In unserer Begriffsbestimmung des Rechts ist auch vom Kreise derjenigen die Rede, an die sich das Recht wendet, oder von denen die Normen einer Rechtsmacht jene regelmäßige Befolgung erfahren. Damit ist ein weiterer Grundbegriff der Rechtslehre gegeben, nämlich der Begriff einer Gesamtheit von Menschen, die überhaupt bestimmte Normen befolgen. Wir nennen eine solche: Gesellschaft.

Eine ähnliche Auffassung der Gesellschaft wird schon von Jhering[1]) angedeutet. Nach ihm ist die Gesellschaft

---

auch im weiteren Sinne bloß das Wollen könne, „was im ununterbrochenen Beeinflussungszusammenhange mit der eigenen Handlung steht". Es „bricht der Wille stets da ab, wo nach der eigenen Vorstellung des Wollenden die von ihm angeregte Kausalitätsreihe endet". „Demnach würde den betreffenden Bundesgliedern dann recht wohl ein Wille, gemeinschaftlich das Gesetz zu schaffen, zugeschrieben werden können, wenn zum wirklichen Inkrafttreten desselben nur noch die Publikation durch den Kaiser nötig wäre. Denn da dieser hierzu verpflichtet ist, so würden sie mit ihrem Beschluß bewußt eine Kausalitätsreihe in Bewegung setzen, die direkt zu dem von ihnen gewollten Endresultat führt" (a. a. O., S. 27).

Es bedarf wohl keines Nachweises, daß Schmidt hier einen absonderlichen Willensbegriff zugrunde legt und nur dieser ihn hindert, den Staatswillen auf Einzelwillen zurückzuleiten. Nach dieser Auffassung könnte ich keine Vereinbarung mit einem andern *wollen,* da ja zu dieser auch noch der Wille jenes andern notwendig ist. Etwas wollen bedeutet aber nicht das Streben nach einem durch den Wollenden allein hervorzubringenden Ergebnis, sondern auch jede Mitverursachung des Ergebnisses durch den Wollenden. Vgl. über Schmidt, allerdings von anderem Gesichtspunkte aus, auch die Kritik Kelsens, *Hauptprobleme,* S. 195–202.

[1]) Jhering, *Der Zweck im Recht,* II⁴, S. 139/40.

keine bloße Vielheit der Einzelnen, sondern „die Vielheit der Einzelnen in ihrer durch die *Gemeinsamkeit der Zwecke* hergestellten inneren und äußeren Zusammengehörigkeit, Verbindung, Einheit". Eine solche Verbindung bezeichnet die Sprache als Ordnung. Ordnung aber ist „Abhängigkeit der Teile vom Ganzen. Ordnung der Gesellschaft bedeutet Abhängigkeitsverhältnis ihrer Glieder, *Innehaltung des ihnen durch den Plan des Ganzen* vorgezeichneten Verhaltens", woraus sich das Postulat einer gesellschaftlichen Norm ergebe.

Die Abhängigkeit der Teile vom Ganzen, ihre Verbindung durch eine Gemeinsamkeit der Zwecke und namentlich die Innehaltung eines ihnen vorgezeichneten Verhaltens bedeuten aber eine Befolgung der Normen.

Noch klarer ausgesprochen findet sich diese Auffassung der Gesellschaft bei Bierling,[1]) der ausdrücklich darauf hinweist, „daß mindestens eine Norm für das Handeln — bewußt oder instinktiv, gern oder widerwillig, direkt oder indirekt — von denen anerkannt sein (muß),[2]) deren Leben auch bloß momentan als ein Zusammenleben, deren Verhältnis auch nur vorübergehend als Gemeinschaft bezeichnet werden soll". Er weist auch darauf hin, daß nicht die Gemeinschaft der Grund der Normen ist, sondern umgekehrt die Befolgung der Normen der Grund der Gemeinschaft. Und ähnlich in einem späteren Werke[3]): „Meiner Ansicht nach findet ‚Zusammenleben' oder menschliche ‚Gemeinschaft' gerade überall da statt, *wo ein geregeltes Verhalten von Menschen zu Menschen* sich findet, mag es sich nun dabei um viele oder um wenige, ja auch nur um zwei oder drei handeln, mag die Regel des Verhaltens als eine dauernde oder nur als eine vorübergehende gedacht sein."[4])

---

[1]) Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe,* I, S. 83.

[2]) Daß die Anerkennung bei Bierling mit unserem Begriff der Befolgung gleichwertig ist, wissen wir bereits (vgl. oben, § 48).

[3]) Bierling, *Juristische Prinzipienlehre,* I, S. 43/44.

[4]) Auch Bernatzik *(Die juristische Persönlichkeit der Behörden,* Arch. f. öff. Recht, V, 1890, S. 241/42) muß zu den Anhängern dieser Auffassung gezählt werden: „Wenn in einer Mehrheit von gleichzeitig oder nacheinander tätigen Menschen die Verfolgung eines Gesamtzweckes

Ihre ausführliche und nachdrückliche Ausgestaltung erfuhr diese Lehre bei STAMMLER,[1]) der das unterscheidende Merkmal der Gesellschaft im Gegensatz zum bloßen physischen Beisammensein in der von Menschen herrührenden Regelung ihres Verkehres und Miteinanderlebens sieht. Das Verbundensein der Menschen, das uns in dem Gesellschaftsbegriffe entgegentritt, ist nicht nur als Naturerscheinung nach dem Gesetze von Ursache und Wirkung vorzustellen, es bedeutet auch die Gemeinsamkeit im Setzen und Verfolgen von Zwecken.[2])

„Aber wie will man sich eine derartige gemeinsame Zwecksetzung und eine solche Gemeinschaft empirisch vorstellen ohne alle und jegliche Verständigung der Einzelnen untereinander? Sobald diese Verständigung zu zusammenwirkendem Verhalten aber eingeführt wird, so ist der Begriff der äußeren Regelung des Zusammenlebens eingesetzt.“ „Die Sprache ist in der hier fraglichen Bedeutung nichts als eine primitive Konvention.“ [3])

„In dem Gedanken des Zusammenwirkens steckt notwendig das bedingende Element der äußeren Regelung.“ [4])

Mit dieser letzten Bemerkung übt STAMMLER zugleich Kritik an einer verbreiteten Auffassung der Gesellschaft und zeigt von ihr, daß sie, wenn sie zu Ende gedacht wird, auf die Auffassung der Gesellschaft als eines bestimmte Regeln befolgenden Zusammenseins von Menschen zurückführt.

Ein Unterschied muß STAMMLER gegenüber allerdings auch an dieser Stelle wieder betont werden. Das äußerliche Geregeltsein bedeutet ihm nur ein Verlangen von Befolgung, nur ein „Bezwecken eines Zusammenwirkens“.

---

als bindende Norm anerkannt wird usw.“. Und: „Ein derartiger menschlicher Verband, der einen Gesamtzweck durch das Mittel der Willenseinigung verfolgt, ist ein Gemeinwesen“.

[1]) Ohne Kenntnis der BIERLINGschen Vorarbeit. Vgl. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, 1. Aufl., S. 83, worauf auch BIERLING, *Prinzipienlehre*, II, S. 349, Anm. 6 hinweist.

[2]) STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, 1. Aufl., S. 82—124, *Theorie der Rechtswissenschaft*, S. 78, 83.

[3]) *Wirtschaft und Recht*, 1. Aufl., S. 103.

[4]) *Theorie*, S. 85. Und: „das verbindende Wollen ist dasselbe, wie das Bezwecken eines Zusammenwirkens“ *(ebenda* S. 204).

Damit würde aber jede Mehrheit von Menschen, für die irgend ein Narr Regeln gesetzt hätte, zur Gesellschaft.[1]) Niemand gebraucht das Wort in diesem Sinne, STAMMLER selbst nicht, da ja auch er zugibt, daß Gesellschaft *Zusammenwirken* ist.[2])

Nun steckt aber im Zusammenwirken wohl immer der Begriff der Regelung, wie STAMMLER richtig hervorhebt, aber es steckt noch mehr darin. Menschen, für die Normen gesetzt sind, wirken deshalb noch nicht zusammen. Zu diesem Behufe müssen sie auch irgend welche Norm *befolgen.* Deshalb mußten wir dem STAMMLERschen Begriff der Gesellschaft: Geregeltes Beisammensein, noch das Plus hinzufügen: Gesellschaft ist *Befolgen von Normen,* womit wir in bezug auf die Auffassung der Gesellschaft von STAMMLER zu BIERLING zurückgekehrt sind. Erst damit hat der Begriff des Zusammenwirkens in den Gesellschaftsbegriff Aufnahme gefunden.

§ 78. Zur Literatur der Gesellschaftstheorien.

Mit dem entwickelten Gesellschaftsbegriffe soll jedoch keineswegs etwa gesagt sein, daß nur den Einzelnen nicht aber der Gesellschaft *Realität* zukomme. Natürlich muß diesbezüglich alles wieder auf den Begriff der Realität ankommen, auf den wir hier nicht einzugehen brauchen. Keinesfalls gibt es für uns einen Grund, auf einem Sinn dieses Begriffes zu bestehen, der auf die Gesellschaft keine Anwendung finden könnte.

Auch wollen wir nichts mit der damit einigermaßen zusammenhängenden Frage zu tun haben, ob die Gesellschaft eine „selbständige“, „unableitbare“ Wesenheit bedeute. Wir wollen sie nicht „atomisieren“, d. h. in die Einzelnen „auflösen“. Keinesfalls ist eine Gesellschaft ohne Einzelne möglich, wenn es auch sein mag, daß der Einzelne wiederum die Gesellschaft zur Voraussetzung hat. Jedenfalls bedeutet die Gesellschaft eine besondere Art der Verbindung von Einzelnen, und nur hierauf kommt es uns an.[3])

---

[1]) Bereits von MOÓR, *Über den Begriff der Gesellschaft,* (ungarisch), 1912, S. 3—4 hervorgehoben.

[2]) *Theorie,* S. 85.

[3]) Vgl. hierzu BRUNO SCHMIDT, *Der Staat,* 1896, S. 1—9 („Der Staat als Realität“). WIELIKOWSKI *(Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie,*

Unsere Auffassung läßt auch die Frage offen, ob mit dem Einzelnen notwendigerweise auch seine Zugehörigkeit zu einer Gesellschaft gegeben sei, d. h. ob das Ganze vor dem Teil, oder umgekehrt das Teil vor dem Ganzen einhergehe. Daß die Gesellschaft eine auf Regelung beruhende Einheit Einzelner ist, bedeutet nicht die Zersplitterung der Gesellschaft und ihre Zurückführung auf den Begriff des Einzelnen. Diese Lehre besagt nicht, daß es *erst* Einzelne gegeben habe, die noch keine Gesellschaft bildeten, daß diese Individuen irgendwie Normen geschaffen hätten und erst dadurch eine Gesellschaft hervorgebracht hätten. Nichts steht nach unserer Definition der Auffassung im Wege, daß mit den Einzelnen auch bestimmte Normen, die sie zu einer Gesellschaft verbinden, gegeben sind.

Will man daher die — wie man es nicht sehr glücklich zu nennen pflegt — mechanische Gesellschaftsauffassung vermeiden und auf die Ursprünglichkeit des Gesellschaftsbegriffes Gewicht legen, so ist das kein Grund zur Zurückweisung der Lehre, daß die Gesellschaft eine normative Verbindung sei.

Jedenfalls gibt es auch Gesellschaften, die nicht ursprünglich mit dem Begriffe des Einzelnen gegeben sind, sondern erst im Laufe der Geschichte, oft auch willkürlich erfunden und erschaffen werden. Unser Gesellschaftsbegriff läßt auch diese Möglichkeit offen und überläßt diese Gegensätze der Frage nach den Arten der Gesellschaft. Auch der Einwurf SIMMELS[1]) gegen die STAMMLERsche Definition der Gesellschaft ist nicht stichhaltig, scheint sich jedoch auf die hier vertretene Verbesserung hin zu bewegen. Er findet, STAMMLER erhebe „eine sekundäre conditio sine qua non zum positiven Lebens-

---

S. 76) bezeichnet die Gesellschaft als eine „Gegebenheit“, als „eine selbständige Geschehenseinheit und nicht mehr“; damit ist aber gar kein Gegensatz zu der von ihm bekämpften Lehre angegeben, und überdies ist das auch ungenügend. Daß das Soziale „ein unmittelbares, auf keine andere reduzierbare, von keiner anderen ableitbare Grundart des Geschehens“ sei, besagt nur, was sie nicht ist, ist ein bloß polemischer Standpunkt, besagt jedoch nicht, was sie ist.

[1]) SIMMEL, *Zur Methodik der Sozialwissenschaft*, SCHMOLLERS Jahrbuch, XX, 1896, S. 231/32.

prinzip der Gesellschaft". „Die Religionsgemeinschaft z. B. wird allerdings gewisser äußerlicher Regelungen ihres Zusammenseins nicht entbehren können; was sie aber zur gesellschaftlichen Einheit zusammenbindet, das ist das Bewußtsein des gemeinschaftlichen Verhältnisses zu einem höchsten Prinzip, sie bildet sich als Gesellschaft nicht vermöge der ‚Regelung durch äußerlich verbindende Normen', sondern dadurch, daß jeder sich mit dem anderen im Glauben eins weiß." „Diese psychologische Wechselwirkung in der ‚unsichtbaren Kirche' ist schon Gesellschaft, und es ist nur eine Art Ausgestaltung der schon bestehenden Vergesellschaftung, wenn die Mitglieder an irgend eine äußere Norm des Verhaltens gebunden werden." Doch dieses „sich im Glauben eins wissen" ist schon Normbefolgung. Was Simmel an der Stammlerschen Definition hauptsächlich stört, ist eigentlich nur das Fehlen der Befolgung und das bloße Haften am Normsetzen. Denn die Befolgung irgendwelcher nicht äußerlicher (absoluter) Normen durch eine Vielheit schafft gleichzeitig auch eine äußerliche (von dieser Vielheit gewollte) Regelung, die mit jener absoluten desselben Inhaltes ist.

Simmels eigene Definition: Gesellschaft ist da, „wo mehrere Individuen in Wechselwirkung stehen", ist zu weit. In Wechselwirkung steht schließlich *alles*, was da kreucht und fleucht, und sicherlich besteht auch eine mindestens infinitesimale Wechselwirkung zwischen sämtlichen Einzelnen bloß dadurch, daß sie da sind. Ebenso sicher meint man aber, wenn man die Gesellschaft als Wechselwirkung bezeichnet, nicht diese, sondern erst bestimmte engere Wechselwirkungen.

Kistiakowski[1]) definiert die Gesellschaft in ausdrücklichem Gegensatz zur Lehre Stammlers als „eine Gesamtheit der Menschen ohne Rücksicht auf Regeln und Normen, die jedoch durch einen sozial-psychischen Prozeß zu einer Einheit verbunden sind". Es fragt sich dabei nur, was unter einem „*sozial*psychischen Prozeß" verstanden werden soll.[2]) Erst

[1]) Kistiakowski, *Gesellschaft und Einzelwesen*, 1899, S. 72.

[2]) Dadurch ließe sich auch das Tautologische seiner Definition, die die Gesellschaft als sozial- (= gesellschaftlich) psychologische Einheit

dadurch ließe sich feststellen, ob seine Definition dasjenige, was sie ausschließen will, nicht doch wieder einführt, ob die Verbundenheit von Menschen zu einer Einheit durch einen sozialpsychischen Vorgang nicht notwendigerweise zugleich bereits eine „Rücksicht auf Regeln und Normen“ bedeutet. Daß die Auffassung der Gesellschaft als eines durch Normen geregelten Zusammenlebens von Menschen eine Verschmelzung des juristischen mit dem sozialen Begriff der Gesellschaft bedeute — wie KISTIAKOWSKI[1]) gegen STAMMLER ausführt —, kann nicht zugegeben werden, da die Begriffe Norm und Rechtsnorm nicht identisch sind und selbst der Begriff eines durch Rechtsnormen geregelten Zusammenlebens kein „juristischer“ Begriff dieses Zusammenlebens in jenem engeren Sinne des Wortes ist, in dem es KISTIAKOWSKI gebraucht.

Wenn KISTIAKOWSKI[2]) mit SIMMEL und gegen STAMMLER das Unterscheidungsmerkmal der Gesellschaft gegenüber dem Einzelmenschen als „die Wechselwirkung zwischen den Einzelnen oder den Prozeß, der zwischen und in diesen Menschen vorgeht,“ bezeichnet, so ist darunter[3]) wohl nur die „sozial-psychologische“ Wechselwirkung zu verstehen. Denn eine andere Wechselwirkung, z. B. diejenige, die in irgend einem Raume befindliche Menschen hinsichtlich der Temperatur der Luft aufeinander ausüben, ist offenbar keine Gesellschaft.

Wie dem übrigens auch sei, jedenfalls wäre die durch Normbefolgung herbeigeführte Gesellschaft mindestens eine besondere Art innerhalb der durch Wechselwirkung gebildeten Kreise von Menschen, — wenn man auch anders bedingte Arten solcher Wechselwirkungen als Gesellschaften ansprechen wollte.

---

bezeichnet, vermeiden. Die Frage ist eben: Wann ist eine Einheit von Menschen als eine gesellschaftliche zu bezeichnen?

1) A. a. O., S. 75.

2) A. a. O., S. 77.

3) Auch mit Rücksicht auf S. 72 ebenda.

§ 79. Die organische Gesellschaftslehre.

Der Begriff der Wechselwirkung hat uns bereits nahe an die organische Gesellschaftsauffassung herangebracht, die ja auch manchem ihrer Vertreter nur eine Auffassung der Gesellschaft als eines Ganzen bedeutet, dessen Teile miteinander in Wechselwirkung stehen. Wenn die Gesellschaft ein Organismus genannt werden kann, so ist damit doch nur eine besondere Art von Zusammenfügung der Teile zu einem Ganzen im Gegensatz zu der mechanischen bezeichnet. Jedenfalls ist sodann die Gesellschaft eine besondere Art von Organismus. Keinesfalls darf man sich dem plumpen Irrtum hingeben, daß, wenn die Gesellschaft als Organismus bezeichnet wird, nunmehr aus dem Wesen der biologischen Organismen das Wesen der Gelellschaft erschlossen werden könnte. Wird die Gesellschaft als Organismus bezeichnet, so ist damit der Organismusbegriff erweitert worden, seine Begriffsmerkmale sind folglich vermindert worden, und es kann sich wieder erst aus einer Untersuchung über das Wesen der Gesellschaften ergeben, was nunmehr Organismus bedeutet, wenn die Gesellschaft auch eine Art Organismus sein soll, nicht aber aus dem Begriff des Organismus, was die Gesellschaft ist.[1]) Es ist folglich mit dem Organismusbegriff auch noch gar nichts darüber ausgesagt, ob die gesellschaftliche Verbindung der Einzelnen auf einer Regelung beruht oder nicht, und so braucht diese Auffassung keinen Gegensatz zu der unsrigen zu bedeuten.

Der Reiz der organischen Gesellschaftsauffassung lag ursprünglich in seiner naturalistischen Färbung, dem Hauptmerkmale jener positivistischen Soziologie, aus der diese Lehre hervorgegangen ist. Es sollten damit naturwissenschaftliche Wahrheiten über die Gesellschaft gefunden worden sein. Die organische Auffassung sollte zumindestens das heuristische Prinzip zur Auffindung sozialer Gesetze abgeben.

Lassen wir hingegen diese Ansprüche nicht gelten und erkennen wir, daß die Gesellschaft, falls sie überhaupt als Or-

---

[1]) Auf längerem Wege gelangt zu ähnlichen Ergebnissen Kistiakowski, *Gesellschaft und Einzelwesen*, 1899, S. 43/44.

ganismus bezeichnet werden kann, keinesfalls ein biologischer Organismus, sondern nur eine eigenartige Abart der Organismen sein kann, erkennen wir folglich, daß gar keine Veranlassung vorliegt, den für die biologischen Organismen festgestellten, aus einer Erforschung dieser Art von Organismen gewonnenen Gesetzen einfach für jene andere Art irgendwelche Bedeutung zuzuschreiben, so ist damit der ganze Reiz der Lehre zu nichte geworden.

Es läßt sich also die Gesellschaft wohl als Organismus auffassen; nur darf man nicht vergessen, daß sie damit nicht einfach unter die biologischen Organismen gezogen worden ist, sondern daß dadurch vielmehr der Begriff der Organismen eine Erweiterung erfahren hat.

Es liegt demnach kein Grund vor, uns gegen die Lehre, die Gesellschaft sei ein Organismus, in dieser ihrer berichtigten und einzig annehmbaren Fassung zu sträuben, es liegt aber auch kein Grund vor, von ihr etwa besondere Aufschlüsse über das Wesen der Gesellschaft zu erhoffen. Ist die Gesellschaft ein Organismus, so ist sie jedenfalls einer, dessen Wesen aus seiner besonderen Erforschung festgestellt werden will.[1])

---

[1]) Vgl. zur organischen Gesellschaftsauffassung: van Krieken, *Die sogenannte organische Staatstheorie*, 1873; Spencer, *The Principles of Sociology*, I; derselbe, *The social organism*, Essays, I; Hesse, *Der Begriff der Gesellschaft in Spencers Soziologie*, 1901; Kistiakowski, *Gesellschaft und Einzelwesen*, 1899; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 142–151; Wundt, *Logik*, II[2], S. 484—490, 602—613; Erich Kaufmann, *Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts;* Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, 1902, S. 12 ff.; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, S. 120; R. Schmidt, *Allgemeine Staatslehre*, I, S. 156–166, Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich*, S. 136–173; Rümelin, *Reden*, III. S. 263 ff.; Eucken, *Geschichte und Kritik der Grundbegriffe der Gegenwart*. S. 15 ff.; Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, I, S. 88, 289 ff.; Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, S. 450 bis 464.

Über den Begriff der Gesellschaft überhaupt, außer den genannten noch: Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1887; Wundt, *Logik*, II[2], S. 589 ff.; Gothein, *Gesellschaft und Gesellschaftswissenschaft* im HWB. der Staatswissenschaften, IV[2]. S. 201 ff.; O. Spann, *Untersuchungen über den Gesellschaftsbegriff*, Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss., LIX, S. 574 ff.;

§ 80. Die Gesamtseele.

Die Auffassung der Gesellschaft oder mindestens gewisser Gesellschaftsarten als der Seele des Einzelnen ähnlicher psychologischer Einheiten krankt ebenfalls daran, daß sie die normative Natur der Gesellschaft vernachlässigt. Diese Theorie geht darauf hinaus, daß die seelischen Betätigungen gewisser Mehrheiten Einzelner in ganz demselben Sinne als eine Einheit aufzufassen seien, wie wir den Einzelnen als eine seelische Einheit betrachten. Dieser Kollektiveinheit werden dann auch ähnliche seelische Funktionen zugeschrieben wie die aus dem individuellen Seelenleben bekannten. Es wird neben dem bereits berührten Gesamtwillen von einem Gesamtbewußtsein, von einem kollektiven Ich, von einer Gesamtpersönlichkeit und überhaupt von einem allgemeinen oder Gesamtgeist gesprochen.

So behauptet Wundt[1]): „So wenig die Einzelseele etwas anderes ist als der Zusammenhang der psychischen Erlebnisse des Einzelbewußtseins, gerade so wenig ist die ‚Volksseele‘ oder irgend eine andere Form des Gesamtgeistes etwas anderes als die tatsächliche Wirklichkeit aller der psychischen Vorgänge, die innerhalb einer bestimmten Gemeinschaft durch die Wechselwirkungen der psychischen Energien der Einzelnen zu Stande kommen“.

Es wird dabei nicht auf den ausschlaggebenden Umstand der Normbefolgung Rücksicht genommen, der erst die Abgrenzung der Wechselwirkungen abgibt, die als Gesamtseele zu einer Einheit zusammengefaßt werden. Während wir die Einzelseele gar nicht anders als einheitlich denken können, während diese also eine denknotwendige und in diesem Sinne natürliche Einheit bildet, kommt die Einheit der Gesamtseele erst auf normativer Grundlage zustande.

Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 81—94; Spencer, *The Principles of Sociology*, I, § 212; Schäffle, *Bau und Leben des sozialen Körpers;* Mohl, *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, I, S. 67 ff.; Bosanquet, *The philosophical Theory of the State*, S. 161; Tarde, *Les lois de l'imitation*, 6. Aufl., S. 66, 73.

[1]) Wundt, *Logik*, II². Bd., 2. Abt., S. 295.

Die psychischen Erlebnisse eines Einzelbewußtseins müssen als Teile gerade dieses Bewußtseins erfaßt werden, sie können nicht mit Teilen eines anderen Bewußtseins zu einer ähnlichen Einheit zusammengefaßt werden. Eben WUNDT[1]) lehrt: „Da das Bewußtsein selbst Bedingung aller Erfahrung ist, so kann aus dieser nicht unmittelbar das Wesen des Bewußtseins erkannt werden. Alle Versuche, dasselbe irgendwie zu definieren, führen daher zu tautologischen Umschreibungen oder zu Bestimmungen der im Bewußtsein wahrgenommenen Tätigkeiten, die ebendeshalb nicht das Bewußtsein sind, sondern dasselbe voraussetzen. Tatsächlich besteht das Bewußtsein darin, daß wir überhaupt irgendwelche psychischen Zustände und Vorgänge in uns vorfinden. Dasselbe ist also kein von diesen Vorgängen zu trennender Zustand.“ Nach GEYSER[2]) ist der Begriff des Bewußtseins der allgemeinste der Psychologie. Er bedeutet erstens „den Zustand unseres Wahrnehmens oder unmittelbaren Wissens der verschiedenen Erlebnisse unseres Innern“, zweitens „das zusammenhängende Ganze aller innerlich wahrnehmbaren Vorgänge je der einzelnen Individuen“. Wie dem nun sei, ob es dasjenige bedeute, was allen psychischen Vorgängen gemeinsam ist, oder den Zusammenhang von psychischen Vorgängen, immerhin bedeutet es etwas, dessen Teile sich nicht zu verschiedenen solcher Einheiten zusammendenken lassen, sondern immer nur die Einheit eines bestimmten Bewußtseins ausmachen können.

Dagegen können wir die einzelnen psychischen Wechselwirkungen verschiedener Einzelner als Teile verschiedener Gemeinschaften und somit als Teile verschiedener Gemeinschaftsbewußtsein im Sinne WUNDTS auffassen. Bereits dieser Umstand weist darauf hin, daß außer den psychischen Wechselwirkungen immer noch ihre *normative* Vereinheitlichung notwendig ist, damit diese Wechselwirkungen die Einheit eines kollektiven Bewußtseins ergeben. Die Wechselwirkungen liegen vor, aber wo wir den Kreis zu ziehen haben, innerhalb dessen die Wechselwirkungen *ein* „kollektives Bewußtsein“

---

[1]) WUNDT, *Grundzüge der physiologischen Psychologie*, III[5], S. 320.
[2]) GEYSER, *Lehrbuch der Psychologie*, S. 32 ff.

ausmachen, muß noch normativ hinzugefügt werden. WUNDT denkt gewöhnlich an die Lebensgebiete der Sprache, des Mythus und der Sitte als Erzeugnisse solcher Wechselwirkungen, deren Einheit eine Volksseele ausmachen. Diese Auffassung ist einerseits zu eng, aber anderseits muß auch sofort auffallen, daß sich diese Lebensgebiete nicht decken müssen. Jedes kann dem anderen gegenüber einen engeren oder weiteren Kreis individueller Wechselwirkungen bedeuten. Sprachgebiet und Sittengebiet z. B. brauchen sich nicht zu decken. Sowohl das eine wie das andere ist eben ein besonderes Konventionsgebiet.

Es ist deshalb auch nicht zu verstehen, weshalb WUNDT nur dem „alle diese geistige Funktionen umfassenden Volksorganismus“ die Fähigkeit zuschreibt, „in sich eine selbständige Willenseinheit zu entwickeln, die ihm den Charakter einer Gesamtpersönlichkeit verleiht“.[1])

Das Schwankende des Begriffes einer kollektiven Einheit, namentlich des Begriffes eines Volkes, ist schon SAVIGNY[2]) aufgefallen: „Die Grenzen dieser Völkerindividuen sind allerdings unbestimmt und schwankend, und dieser zweifelhafte Zustand offenbart sich auch in der Einheit oder Verschiedenheit des in ihnen erzeugten Rechts. So kann es bei verwandten Volksstämmen ungewiß erscheinen, ob sie uns als ein Volk oder mehrere gelten sollen.“

Die Schwierigkeit läßt sich erst beheben, wenn wir erkennen, daß hier eigentlich wieder der Begriff der Gesellschaft gesucht wird, dieser aber vom Begriff der Rasse verschieden ist und nur als Normbefolgung gewonnen werden kann. Dadurch kann dann z. B. eine Sprachgesellschaft in verschiedene Rechtsgesellschaften oder eine Rechtsgesellschaft in mehrere Sprachgesellschaften zerfallen.

Es ist eine Verschiebung des Problems, wenn WUNDT die Verwerfung seines Begriffes einer Volksseele als Ausfluß der Substanzhypothese von der menschlichen Seele, also als ihrer Auffassung als eines beharrenden Wesens, brandmarkt,

---

[1]) WUNDT, *Logik*, II². Bd., 2. Abt., S. 297.

[2]) SAVIGNY, *System*, I, S. 19.

während vom Standpunkte der Aktualitätshypothese, demnach die Seele in der Verbindung aller geistigen Vorgänge selbst besteht, nicht der geringste Anlaß vorliege, denjenigen Erlebnissen, an deren Entstehen eine geistige Gemeinschaft beteiligt ist, einen geringeren Grad der Wirklichkeit zuzuschreiben, als den Vorgängen des individuellen Bewußtseins.[1])

Allerdings beruht die Polemik gegen den Begriff der Volksseele häufig nur darauf, daß es eine besondere Substanz oder Wesenheit außer oder über den Einzelseelen nicht gibt, und gegen diese Beweisführung ist Wundt vollkommen im Rechte. Es folgt daraus aber noch nicht, daß die Ineinssetzung, die den Begriff der Einzelseele ergibt, gleicher Art sei wie die, die zum Begriff der Volksseele führt.

Die Verbindung geistiger Vorgänge verschiedener Einzelner ist allerdings ebenso real wie die Verbindung geistiger Vorgänge eines Einzelnen, nur bedeutet jene eine andere Art von Einheit als diese. Die Wundtsche Gleichsetzung übersieht die normative Natur der Volksseele. Es bedarf eben noch einer Befolgung von Normen, damit in Wechselwirkung stehende Einzelne und geistige Vorgänge solcher Einzelnen zu der Einheit zusammengefaßt werden, die mit einer Gesamtseele gemeint ist.[2])

---

[1]) Wundt, *Logik*, I²., 2. Abt., S. 293/94; Wundt, *Völkerpsychologie*, I. S. 1, 9 ff.

[2]) Vgl. über Kollektivpsychologie: Giddings, *The Elements of Sociology*, 1902, S. 120; Tarde, *Les lois de l'imitation*, S. 27/28; Ward, *Outlines of Sociology*, S. 265; Novicow, *Conscience et volonté sociales*, S. 23, 43; Ratzenhofer, *Die soziologische Erkenntnis*, S. 285; Le Bon, *Psychologie des Foules*, 1902; Sighele, *La foule criminelle*, 1892; Michoud, *La notion de personnalité morale*, Revue du droit public, XI; Bernatzik, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person*, Arch. f. öff. Recht, V; Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogen. juristischen Personen*, 1873; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I. S. 456 ff.; Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts*; Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, S. 121 ff., 6[illegible] ff.; Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich*; Fouillé, *La science sociale contemporaine*; Worms, *Organisme et societé*, 1896; Ross, *Social Psychology*, 1[illegible] S.; Lazarus und Steinthal, *Einleitende Gedanken über Völkerpsychologie*, Zeitschr. f. Völkerpsychologie, Bd. 1, S. 1 ff. Lazarus, *Über das Verhältnis der Einzelnen zur Gesamtheit*, Zeitschr. f. Völkerpsychologie, Bd. II, S. [illegible] ff.; Lazarus, *Einige synthetische*

§ 81. Die Gesellschaftsarten.

Nach Art und Inhalt der von einer Mehrheit von Menschen befolgten Normen lassen sich verschiedene Arten der Gesellschaften unterscheiden.

Eine solche Unterscheidungslinie läßt sich z. B. danach ziehen, ob die befolgten Normen ausdrücklich und zielbewußt geschaffene sind, wie z. B. im Falle eines Vereines, oder ob sie stillschweigend und ohne klare Zweckverfolgung gesetzt worden sind, wie z. B. im Falle einer primitiven Familiengemeinschaft.[1]) Es kann der Unterschied darin bestehen, daß die Normen eine vorübergehende oder eine dauernde Befolgung verlangen und erfahren; daß es vereinzelte, also folglich auch nur vereinzelte Beziehungen jener Menschen treffende Normen sind, oder daß ein System von Normen befolgt wird, das einen umfassenden Kreis von Lebensverhältnissen regelt. Die Befolgung von Normen kann erzwungen, oder sie kann freiwillig stattfinden. Die befolgten Normen können juristischer oder anderer Natur sein, und ob solcher oder anderer Art, sie können den verschiedensten Inhalt haben, wonach sich natürlich wiederum die verschiedensten Arten von Gesellschaften denken, und auch in der Wirklich-

---

Gedanken zur Völkerpsychologie, Zeitschr. f. Völkerpsychologie, Bd. III, S. 1 ff.; Eulenburg, *Über die Möglichkeit und Aufgabe einer Sozialpsychologie*, Schmollers Jahrb. 1900, S. 201 ff.; Stammler, *Theorie,* S. 390—392; Boodin, *The Existence of social minds.* The American Journal of Sociology 1913, S. 1–47; Mc Dougall, *Collective Psychology;* Rümelin, *Über den Begriff des Volkes,* Reden und Aufsätze, I; Kelsen, *Hauptprobleme,* S. 163; H. Paul. *Prinzipien der Sprachgeschichte.* 4. Aufl., S. 8—15; Kistiakowski, *Gesellschaft und Einzelwesen,* 1899.

[1]) Vgl. Bernatzik (*Die juristische Persönlichkeit der Behörden,* Arch. f. öff. Recht, V, 1890, S. 79/80) und seine Polemik daselbst Anm. 226 gegen Preuss, der (*Gemeinde, Staat, Reich,* S. 260, 280 ff.) die „gewordenen" Körperschaften, Staat und Gemeinde, von den „gewillkürten" Verbänden unterscheidet und nur diesen letztern Zwecke zuschreibt. Es ist unnötig, den Gegensatz bis dahin zuzuspitzen, daß es *unbewußte* Zwecke gebe und den Gesamtzweck eines Staates auf primitiver Kulturstufe mit dem der Gemeinwesen der Bienen und Ameisen auf eine Stufe zu stellen, wie es Bernatzik unternimmt. Es genügt vollauf, hier einen Unterschied in der Bestimmtheit und Klarheit der Zwecksetzung anzunehmen.

keit auffinden lassen, wie sich solche auch durch die Kombination verschiedener Unterscheidungsmerkmale ergeben.[1]) Bierling[2]) macht z. B. einen Unterschied zwischen Gesellschaften, deren Subjekte einzeln bestimmt sind, Gesellschaften, deren Subjekte nur allgemein bestimmt sind, so daß die Gesellschaft trotz des Wechsels der Personen dieselbe bleibt, und Gesellschaften, die eine Verbindung dieser beiden Formen bedeuten.

Von verschiedenen Definitionen der Gesellschaft läßt sich leicht zeigen, daß mit ihnen bloß eine besondere Unterart der Gesellschaften getroffen ist.[3])

So vor allem von dem Begriffe der Gesellschaft, der einen Gegensatz zum Begriffe des Staates bedeuten soll.

Nach Jellinek geht dieser Sprachgebrauch auf Rousseau zurück und wird nebst Verschiebungen im einzelnen, im großen und ganzen von Hegel, Saint-Simon, Proudhon, Marx, Engels, v. Stein, Krause, Ahrens, v. Mohl beibehalten.[4]) Auf diesen Gesellschaftsbegriff näher einzugehen, haben wir keine Veranlassung.

Nach der soziologischen Gesellschaftsauffassung erscheint der Staat wieder als eine ihrer Unterarten.[5]) Dagegen, daß Jellinek[6]) diesen Gesellschaftsbegriff als „die Gesamtheit der durch irgend ein verbindendes Element zusammengehaltenen menschlichen Gruppen“ definiert, ist weiter nichts einzuwenden, als daß dieses „verbindende Element“ eine Regelung ist.[7])

---

[1]) Über die Arten der Gesellschaften vgl. u. a. Wundt, *Logik*, II², S. 589.

[2]) *Kritik*, I, S. 119/20, 126.

[3]) Vgl. diesbezüglich z. B. die Bemerkungen Stammlers, *Wirtschaft und Recht*, 1. Aufl., S. 85—89 gegen Rümelin, *Über den Begriff einer Gesellschaft*, Reden und Aufsätze, Dritte Folge, S. 248 ff.

[4]) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 85–87.

[5]) Ebenda S. 88.

[6]) Ebenda S. 92.

[7]) Jellinek unterscheidet neben diesem Gesellschaftsbegriff noch zwei andere. Einen „im weitesten Sinne“ („Gesamtheit der in die Außenwelt tretenden psychologischen Zusammenhänge unter den Menschen“) — den er jedoch selbst als einen bezeichnet, der „ersprießlicher wissenschaftlicher Betrachtung nicht ohne weiteres zugrunde gelegt werden kann“ (S. 89/90) — und einen „engsten Begriff der Gesellschaft, der die Gesellschaftsgruppen mit Ausnahme des Staates umfaßt“, und der der Klarheit halber aufzustellen wäre, um die Beziehung des Staates zur Gesamtheit der übrigen sozialen Bildungen eingehend zu erörtern“.

Zehntes Kapitel.

Der Staat.

§ 82. Der Wesensbegriff des Staates.

Mit dem Begriffe des Rechts ist nicht nur der Begriff der Gesellschaft überhaupt, sondern auch der einer besonderen Art von Gesellschaft mitgesetzt. Da sich die Arten der Gesellschaften nach Art und Inhalt der sie begründenden Normen unterscheiden lassen, ist durch die Befolgung der Normen einer Rechtsmacht eine ganz besondere Art von Gesellschaft gegeben. Der Staat ist nichts anderes als eine Gesellschaft, die durch die Befolgung der Normen einer Rechtsmacht gebildet ist.[1])

Der Staatsbegriff führt also auf den Rechtsbegriff zurück und läßt sich ohne ihn gar nicht erfassen. Die im Rechtsbegriff steckenden Voraussetzungen sind damit zugleich zu Voraussetzungen jeder Staatslehre geworden, und damit wird das Verhältnis der Staats- und der Rechtslehren von diesem Gesichtspunkte aus klar ersichtlich. Eine Staatslehre kann nämlich auf die Untersuchung der unbedingten Voraussetzungen jeder besonderen Staatswissenschaft gerichtet sein, dann fällt sie aber mit der juristischen Grundlehre zusammen. Oder sie kann auf besondere Umstände des Staatslebens gerichtet sein, dann sind aber (nebst einigen hinzutretenden) wieder auch die verschiedenen Betrachtungsarten möglich, die wir bereits als die verschiedenen Wissenschaften vom Rechtsinhalt kennen gelernt haben. Sie kann sodann z. B. eine positive Staatsrechtslehre sein, womit ja nur ein besonderer Zweig einer Jurisprudenz gemeint ist, oder sie ist allgemeine Staatsrechtslehre, womit wieder nur ein Zweig der allgemeinen Rechts-

---

[1]) Diese Definition des Staates ähnelt ihrem *Wortlaute* nach der KANTschen Staatsdefinition: „Ein Staat ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen" (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre,* 2. Aufl., S. 194). Da aber unser Rechtsbegriff einen von dem KANTschen durchaus abweichenden Inhalt hat, ist auch unsere auf den Rechtsbegriff gestellte Staatsdefinition von der scheinbar gleichen KANTS ihrem Sinne nach ebenso abweichend.

lehre als Ergebnis einer Staatsrechtsvergleichung bezeichnet wird. Geht sie hingegen darauf hinaus, welche Betätigungen irgend ein Staat oder irgend welche Staaten ausüben *sollen*, so deckt sie sich mit dem Gebiete der Rechtspolitik.[1])

Wir können beim Staatsbegriff nimmermehr vom Rechtsbegriffe loskommen. Wir können keinen Staatsbegriff erdenken, der den Rechtsbegriff nicht bereits mitenthielte, und wir können keinen Rechtsbegriff haben wollen, der nicht schon den Staatsbegriff mitsetzte. Beide enthalten als gemeinsamen Teil den Begriff der Rechtsmacht. Wo es eine Rechtsmacht gibt, dort gibt es sowohl Recht wie Staat. Die Normen dieser bestimmt gearteten Macht sind das Recht, und der Kreis derjenigen, durch deren Gehorsam sie zu einer solchen Art von Macht geworden ist, ist der Staat.

Alle davon abweichenden Behauptungen führen entweder auf eine irrige Auffassung von Recht zurück, oder sie bedeuten bloß terminologische Unterschiede.

Die gar nicht seltene Behauptung z. B., daß es bereits vor dem Erscheinen des Staates Recht gebe, geht der hier ausgefürhten Auffassung gegenüber zumeist nur auf bloße terminologische Unterschiede hinaus. Es wird nämlich der Begriff des Staates in diesem Falle gewöhnlich auf gewisse entwickeltere Stufen der Menschenverbände beschränkt, die durch die Befolgung von Rechtsnormen gebildet worden sind, während die primitiveren Anfänge noch nicht als Staat bezeichnet werden,[2]) wobei sich nicht genau angeben läßt, welches die hiebei beobachtete Begriffsgrenze sei. Die Entwicklungsstufe der primitiven Familie, der Sippe, der Horde oder des Stammes wird dann gewöhnlich noch nicht Staat genannt. Erst wenn der Stamm eine größere Ausdehnung nimmt, seine Organisation beträchtlicher wird, und wenn er auch zum seßhaften Leben übergeht, wird er nach diesem Gebrauche des Wortes als Staat bezeichnet. Nur in diesem Sinne des Wortes Staat kann es ein Recht vor dem Staate geben.

[1]) Vgl. die Ausführungen Jellineks über die Gliederung der Staatslehre: *Allgemeine Staatslehre*. 2. Aufl., S. 9—12.

[2]) Ebenso Br. Schmidt, *Der Staat*, S. 56 57 und die dort Zitierten; Menzel, im *Handbuch der Politik*, I, S. 38.

Nach diesem Sprachgebrauch fehlt[1]) es jedoch an einem Worte zur Bezeichnung der durch die Befolgung von Rechtsnormen gebildeten Gesellschaft schlechthin. Dieser Begriff ist aber für jede Rechts- und Staatslehre von so grundlegender Bedeutung, daß seine Außerachtlassung unbedingt zu einer Fehlerquelle werden muß. Will man die Bezeichnung Staat nur für die entwickeltern (seßhaften, zahlreichern, besser organisierten) solcher Gesellschaften vorbehalten, so steht dem gar nichts im Wege, nur muß man dann unbedingt ein neues Wort prägen, das sowohl diese Staaten wie jene primitiven Rechtsgesellschaften, die noch nicht Staaten sind, gleichmäßig bezeichnet. Da nun eine solche Bezeichnung eine unerläßliche logische Forderung, eine Denkvoraussetzung jeder Rechts- und Staatslehre ist, ein solches Wort aber nicht zur Verfügung steht,[2]) ist es angezeigter und auch mit dem Sprachgebrauche nicht im Widerspruch, den Begriff Staat für diesen Zweck zu verwenden und dann erst innerhalb dieses Begriffes die gebotenen Unterschiede zu ziehen.

Die dargelegte Beziehung zwischen Recht und Staat läßt es hingegen niemals zu, den Begriff des Staates als den einer erst durch *vorhergehende* Rechtssetzung geschaffenen Gesellschaft aufzufassen, und ebenso falsch ist auch die umgekehrte Lehre, nach der wiederum das Recht erst auf einen ihm vorhergehenden Staat zurückzuführen, also als Wille des Staates aufzufassen sei.[3])

---

[1]) Vgl. hierüber Jellinek, *Allgem. Staatsl.*, 2. Aufl., S. 355.

[2]) Es ließe sich zu diesem Behufe etwa das Wort Rechtsgesellschaft verwenden, wenn man dabei an die Einheit von Menschen denken wollte, die durch die Geltung eines Rechtssystems oder einer Rechtsordnung gebildet ist, nicht aber an einen rechtsinhaltlichen Begriff von Rechtsgesellschaft.

[3]) Vgl. hierüber Kelsen, *Hauptprobleme*, S. 405—407: „Ein derartiges Verhältnis von Staat und Recht, demzufolge der erstere das prius, das letztere das posterius ist, muß jedoch mit Entschiedenheit abgelehnt werden, da ein Staat ohne Recht ebensowenig denkbar ist wie ein Recht ohne Staat, und die historische Forschung die Anfänge des Rechts und der staatlichen Organisation nicht voneinander getrennt aufzeigen kann. Staat und Recht müssen zweifellos als zwei verschiedene Seiten derselben Tatsache betrachtet werden". Eine trübe Auffassung dieses Verhältnisses bei Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts*, S. 27 und besonders S. 92—97.

Diese Auffassung werden wir im Zusammenhang mit dem Problem des Staatswillens noch eingehender untersuchen. Da man nämlich an Stelle des Willens der Rechtsmacht, der tatsächlich das Recht schafft, von einem Staatswillen zu sprechen pflegt, so muß man auf den verkehrten Gedanken kommen, daß der Staat das Recht erschaffe.

Wenn hingegen nicht der Staat, sondern irgend eine andere Gesellschaft als historisches Prius des Rechts gefordert wird, ist dagegen nichts einzuwenden.

Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch zu der Lehre Stellung zu nehmen, wonach das Merkmal eines umgrenzten Gebietes für den Staatsbegriff unerläßlich sei. So lehrt z. B. JELLINEK[1]): „Die staatliche Verbandseinheit ruht auf der äußern Grundlage eines abgegrenzten Teiles der Erdoberfläche. Sie hat ein Gebiet, d. h. einen räumlich abgegrenzten ausschließlichen Herrschaftsbereich. Sie ist demnach näher als *Verbandseinheit seßhafter Menschen* zu bestimmen."

Dieser Zusatz ist jedoch nicht von prinzipieller Bedeutung, wie auch JELLINEK erkennt, indem er später[2]) hinzufügt: „Unsere Staatsvorstellungen sind dem entwickelten, über seßhafte Menschen herrschenden Staate entnommen. Von ihm aus erscheinen Organisationen von Nomadenstämmen noch nicht als staatlicher Art. Anders aber, wenn wir die primitiven Verbände unter entwicklungsgeschichtlichem Gesichtspunkte betrachten. Da wird jede Organisationsform herrschaftlichen Charakters, die keine höhere über sich hat, bereits als Staat aufzufassen sein."

Jedes Befehlen muß sich schließlich auf einem bestimmten Gebiete vollziehen. Und auch bereits im Begriffe einer Gesellschaft steckt dieses Irgendwo ihres Seins.[3]) Das Hervorheben dieses Umstandes in der Definition des Staates geht schließlich bloß darauf hinaus, ob dieses Gebiet ein relativ ständiges

---

[1]) *Allgem. Staatslehre.* 2. Aufl., S. 172.

[2]) A. a. O., S. 259.

[3]) Vgl. FRICKER, *Vom Staatsgebiet.* 1867. S. 17: „es kann an irgendeinem Punkte der Erde nur eine einzige einheitliche Rechtsordnung etabliert sein". „Nur diesen Gedanken drückt der Begriff des Gebiets aus."

oder ein relativ häufig wechselndes ist. Es ist also nicht sowohl der Begriff eines Gebietes, als vielmehr der eines festumgrenzten und ständigen, der durch diesen Zusatz in die Staatsdefinition hineingelangt. Der Staatsbegriff wird durch diesen Zusatz eigentlich wieder nur nach der Seite der primitiven Gebilde hin eingeengt, die noch nicht zur Seßhaftigkeit gelangt sind, sondern nomadisch auf der Erdoberfläche umherziehen.[1]) Diese Einengung bringt jedoch keinen Vorteil, da wir sofort wieder einer Bezeichnung bedürfen, wodurch das Gemeinsame solcher Staaten seßhafter Völker und jener zwar nichtseßhaften, jedoch die Normen einer Rechtsmacht befolgenden Gesellschaften zum Ausdruck gelangt.

Es ist darum viel einfacher, anstatt dieser Beschränkung des Staatsbegriffs diesen Unterschied innerhalb dieses Begriffs durch entsprechende Unterarten auszudrücken.

Man darf eben nicht die heutige oder sonst eine besondere geschichtliche Form des Staates dem Staate schlechthin gleichsetzen. Der Staat ist nicht eine auf später Entwicklungsstufe auftretende Erscheinung der sozialen Entwicklung, sondern eine, die bis zu den ersten Anfängen zurückreicht.[2])

Natürlich soll die Definition des Staates als einer Gesellschaft, die durch die Befolgung von Rechtsnormen gebildet ist, nicht die bunte Fülle *möglichen* Staatsinhalts erschöpfen, vielmehr nur den weitesten Begriff von Staat abgeben, der zu den unvermeidlichen Voraussetzungen jeder Rechtslehre

---

[1]) Fricker, a. a. O., S. 24/25.

[2]) Vgl. dazu Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich,* S. 264 ff. und die daselbst Anm. 6 angeführte Literatur. Sodann die Ausführungen Austins, *Lectures,* I[5], S. 231—233 und besonders S. 235, Anm. γ; Fricker, *Vom Staatsgebiete,* 1867; Br. Schmidt, *Der Staat,* 1896, S. 135—143. Die Lehre Schulzes (*Einleitung in das deutsche Staatsrecht,* S. 159), es könne wohl wandernde Völker, aber nicht wandernde Staaten geben, geht bloß auf eine Frage der Terminologie hinaus. Seidler, *Das juristische Kriterium des Staates,* S. 59: „Das Gebiet ist ein konstitutives Element des Staates, es ist der Staat selbst in seiner räumlichen Ausdehnung". — Vertreter der entgegengesetzten Lehre siehe bei Rehm, *Allgemeine Staatslehre,* S. 36.

gehört und alle möglichen engeren Staatsbegriffe als Arten umfaßt.[1])

Da im Staatsbegriffe der Rechtsbegriff mit enthalten ist, ist es einleuchtend, daß sich in der Literatur des Staatsbegriffs alle die Streitigkeiten, die wir in bezug auf den Rechtsbegriff kennen gelernt haben, wiederholen. Naturrechtstheorien, ethische Staatstheorien, Machttheorien, und zwar sowohl als Mehrheits- wie als Minoritätstheorien, Zwangs-, Zweck-, Anerkennungs- und Vertragstheorien kehren in bezug auf den Staat aus denselben Gründen und in denselben Bedeutungen wieder. Es ist der unfertige Rechtsbegriff, der in den verschiedenen Staatstheorien sein Spiel treibt. Es würde zu weit führen, diesem Gedanken an der Hand einer ausführlichen Kritik der Literatur des Staatsbegriffs nachzugehen. Eine solche würde uns zu fortwährenden Wiederholungen zwingen; ein paar Hinweise mögen genügen.

§ 83. Staat und Herrschaft.

Daß der Oberbegriff des Staates der Begriff der menschlichen Gesellschaft ist, ist von altersher behauptet worden; bereits der erste Satz der *Politik* des Aristoteles spricht diese Tatsache aus.[2])

Allerdings wird diese Tatsache manchmal wieder dadurch verdunkelt, daß Staat und Gesellschaft in einen begrifflichen

---

[1]) Eine Untersuchung über die möglichen *Arten des Staates* gehört nicht in eine Voraussetzungslehre. Eine solche Unterscheidung kann auch auf juristisch unerheblichen Eigenschaften des Staates beruhen, wie z. B. Anzahl der Untergebenen, Eigenschaften des Staatsgebietes; sie können auf Grund der verschiedenen Beschaffenheit der Rechtsmacht gefunden werden, wie z. B. die Aristotelische Dreiteilung, oder es können erhebliche Unterschiede der von den Rechtsmächten gesetzten Norminhalte als Unterscheidungsmerkmale herangezogen werden (wie z. B. im Falle der Unterscheidung des Polizeistaates und des Wohlfahrtsstaates usf.). Vgl. u. a. Bernatzik, *Republik und Monarchie;* Br. Schmidt, *Der Staat*, S. 117 ff.

[2]) Vgl. auch Jellinek, *Allgem. Staatslehre*, 2. Aufl., S. 152: „Daß der Staat . . . ein Gemeinwesen sei, ist von altersher behauptet worden". „Der Gedanke der Kollektiveinheit liegt, mehr oder minder klar ausgedrückt, den Anschauungen der meisten neuern Staatsrechtslehrer über das soziale Wesen des Staates zugrunde."

Gegensatz gebracht werden. Es handelt sich dabei jedoch nur um eine terminologische Abweichung. Denn, soll der Terminus Gesellschaft für die nichtstaatlichen Unterarten vorbehalten werden, so muß sofort eine neue Bezeichnung für die Oberart geschaffen werden, die sowohl Staat als diese im engeren Sinne genommene Gesellschaft gleichmäßig umspannt. Ein solcher Oberbegriff ist eine unerläßliche Denknotwendigkeit jeder Rechts- und Staatsgrundlehre.

Wodurch unterscheidet sich nun der Staat nach der herrschenden Auffassung von anderen Arten menschlicher Gesellschaft? Es ist wiederum eine seit altersher bekundete Erkenntnis, daß der Staat ein *Herrschaftsverhältnis* ist. Wenn wir nun von dem Begriffe des Herrschaftsverhältnisses unsern Ausgangspunkt nehmen und des nähern untersuchen, was damit gemeint sei, so ergibt sich, daß damit einerseits ein Befehlen und anderseits ein Gehorchen gesetzt ist. Das Befehlen allein genügt zur Begründung eines Herrschaftsverhältnisses sicher nicht, es muß zu diesem Behufe auch noch der tatsächliche Gehorsam der Angeredeten hinzukommen. Denn ein Herrschaftsverhältnis ist dasselbe wie ein Untertänigkeitsverhältnis; es ist dieselbe Sache, nur von verschiedenen Seiten aus gesehen. An diesem Punkte entsteht jedoch eine weitere Frage, die freilich in den Untersuchungen über das dem Staatsbegriff zugrunde liegende Herrschaftsverhältnis gewöhnlich nicht mehr gestellt wird. Es können nämlich die Gehorchenden entweder nur ab und zu, also ausnahmsweise oder aber gewöhnlich, jedoch nicht ausnahmslos, oder schließlich ausnahmslos oder unbedingt die an sie gerichteten Befehle befolgen, und es entsteht daher die Frage, welches Verhältnis des Befehlens und des Befolgens der Befehle notwendig ist, damit ein Herrschaftsverhältnis in dem Sinne des Wortes entstehe, in dem es als ein unerläßliches Begriffsmerkmal des Staates betrachtet wird.

Daß im Falle eines bloß ausnahmsweisen Befolgens der Befehle nicht von einem Herrschaftsverhältnisse in diesem Sinne gesprochen werden kann, bedarf nicht vieler Worte Es unterliegt aber auch keinem Zweifel, daß das staatliche Herrschaftsverhältnis nicht an das unbedingte oder ausnahms-

lose Befolgen von Normen gebunden ist. Es bleibt also die dritte Möglichkeit: das den Staat begründende Herrschaftsverhältnis bedeutet den „gewöhnlichen" Gehorsam der Untergebenen, d. i. die „gewöhnliche" Durchsetzung des Willens der Herrschenden.[1]) Seinen Willen anderen gegenüber *unbedingt* durchsetzen kann *nicht einmal der Staat*, er kann es aber gewöhnlich.[2])

Das Wesen des Staates ist jedoch als einer auf einem Herrschaftsverhältnisse beruhenden Gesellschaft noch immer nicht hinreichend gekennzeichnet. Auch eine Dorfgemeinschaft oder eine andere dem Staate untergeordnete politische Gemeinschaft ist eine Gesellschaft, die auf einem Herrschaftsverhältnisse beruht, obwohl sie kein Staat ist, denn sie ist bloß ein abgeleitetes Herrschaftsverhältnis und beruht eigentlich auf dem staatlichen. Auch gibt es noch andere Herrschaftsverhältnisse, die nicht der Staat einsetzt, die wir aber trotzdem nicht als staatliche bezeichnen; so bedeutet z. B. auch eine Kirchengemeinschaft ein Herrschaftsverhältnis. Es gibt auch mannigfache private Gesellschaften, deren Zusammenwirken auf dem Befehlen der Einen und auf dem Gehorsam der Anderen beruht: schon die Familie zeigt uns ein solches. Das Unterscheidungsmerkmal des Staates gegenüber derartigen Herrschaftsverhältnissen

---

[1]) Jellinek, *Allgem. Staatslehre,* 2. Aufl., S. 172.

[2]) Lingg, der sich um die Bestimmung des für den Staatsbegriff maßgebenden Begriffs der Herrschaft eingehend bemüht *(Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre,* 1890, S. 2—32), bezeichnet den zur Begründung des Staatsbegriffes notwendigen Herrschaftsbegriff gleich von vornherein (S. 3) unrichtig als den „staats*recht*lichen Begriff der Herrschaft" und versucht den Herrscher in diesem Sinne als denjenigen zu definieren, der die Macht hat, seine Gebote zu *erzwingen.* „Wer diese Macht nicht hat, übt keine Herrschaft aus, selbst dann nicht, wenn seine Befehle auch in Wirklichkeit zur Durchführung gelangen. *Deshalb* ist die Familiengewalt des Paterfamilias auch dort, wo sie die größte Ausdehnung hat, noch keine Herrschaft im technischen Sinne." Mehrfach unrichtig. Die Macht, sämtliche seiner Gebote zu erzwingen, hat der Staat auch nicht. Der Zwang ist dem Staate auch nur „gewöhnlich" eigen. Der Paterfamilias kann diese Macht ebenfalls, ja unter Umständen in seinem Kreise sogar in vollkommenerem Maße haben als der Staat. Es sind ganz andere Umstände, infolge deren der Paterfamilias (im Staate) nicht Staatsmacht hat.

besteht nun darin, daß das staatliche das stärkste von allen ist. Der Gebieter in den nichtstaatlichen Herrschaftsverhältnissen leistet dem staatlichen Gebieter Gehorsam. Der staatliche Machthaber ist in der Regel imstande, seinen Willen auch den übrigen Befehlshabern gegenüber durchzusetzen. Wenn sie ihm auch allenfalls ab und zu den Gehorsam verweigern können, ohne daß sie der staatliche Befehlshaber zur Befolgung seiner Befehle zwingen könnte, so kann das ja auch seitens eines gewöhnlichen Untertanen, der nicht wiederum Befehlshaber ist, der Fall sein, ohne daß dadurch das staatliche Herrschaftsverhältnis aufgehoben wäre.

Die nichtstaatlichen Befehlshaber stehen also dem Staate gegenüber selbst wieder in einem untergeordneten Verhältnisse; sie sind entweder vom Staate selbst eingesetzt, oder sie werden von ihm beschirmt und im Durchsetzen ihres Willens von ihm unterstützt, oder sie sind vom Staate geduldet, könnten aber auch von ihm aufgehoben werden. Und derselbe Gedankengang, der uns zu dem Ergebnis führte, daß eine Rechtsmacht nicht wieder einer anderen *rechtlich* unterworfen sein kann, führt auch zu dem Ergebnis, daß es über einem Staate nicht wieder einen Staat geben kann. Es können eben nicht mehrere Gebieter zu gleicher Zeit auf dem gleichen Gebiete *in der Regel* Gehorsam empfangen.

Es ist auch nicht denkbar, daß sich mehrere Gebieter der geschilderten Art auf demselben Gebiete das Gleichgewicht hielten, denn es können nicht mehrere Machthaber zu gleicher Zeit von denselben Menschen im angegebenen Sinne des Wortes „in der Regel“ oder „gewöhnlich“ Gehorsam empfangen.

Es ist durch diesen „gewöhnlichen“ Gehorsam auch ein längerer Zeitraum gefordert, wodurch dann der Staat auch zu einer Vereinigung *nacheinander lebender Geschlechter*, zu einer Verbindung von Generationen wird, oder wie BIERLING[1]) es ausdrückt: eine Gesamtheit von nur generell bestimmten (den Individuen nach im Laufe der Zeit wechselnden) Personen ist. Oder wie derselbe Gedanke bei JELLINEK[2]) zum Ausdruck ge-

---

[1]) *Kritik*, I, S. 128ff., *Prinzipienlehre*, I, S. 223ff.
[2]) *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 80.

langt: „Der Staat ist mit aufgebaut auf die natürlichen Unterschiede von Mann und Weib, von Erwachsenen und Kindern, da er eine dauernde, nicht auf eine Generation beschränkte Institution ist. Eine Kolonie männlicher Deportierter, auf einer Insel ihrem Schicksale überlassen, würde höchstens einen Verein, aber keinen Staat darstellen. Der Umfang der dem Staate nötigen Menschenmasse kann aber ins unendliche variieren, — von wenigen Tausenden, ja Hunderten bis zu vielen Millionen".

Es ist nunmehr klar, daß, wenn wir die herrschende Auffassung vom Staate folgerichtig zu Ende denken, wir in ihr schließlich die oben ausgeführte Definition des Rechts entdecken werden.

Auch werden wir es zum Begriffe des Staates unerläßlich finden, daß die Herrschermacht für ein weites Gebiet von Lebensverhältnissen Normen erlasse.

Der Begriff jener Art von Herrschaft, die dem Staate zugrunde liegt, bildet in der neuern Staatslehre den Gegenstand vielfacher Erörterungen. Freilich findet sich dabei oft auch das Bestreben, diesen Begriff juristisch zu bestimmen, was eine Unmöglichkeit sein muß, da er ja vor dem Rechtsbegriff einhergeht. So versucht LABAND,[1]) das Wesen des Staates auf eine „öffentlichrechtliche Herrschaft kraft eigenen Rechts" oder auf „ein eigenes Herrschaftsrecht" zurückzuführen, und versucht, selbst den Begriff des Herrschens als ein Recht aufzufassen.[2]) Natürlich muß ein solches Unternehmen mißlingen: die Herrschaft, die den Staat begründet, ist kein Recht. Namentlich bei der Bestimmung des Begriffes eines eigenen Rechts verwickelt sich LABAND in Unklarheiten und Widersprüche, die schließlich in eine naturrechtliche Auffassung münden.[3])

Einen Versuch, den Begriff der Herrschaft auf den des Organismus zurückzuführen, unternimmt PREUSS[4]): „Eine

[1]) LABAND, *Staatsrecht des Deutschen Reichs,* I[4], S. 61/62.

[2]) „Das Recht, freien Personen zu befehlen und diese Befehle zu erzwingen." Ähnlich bereits GERBER, *Grundzüge,* 3. Aufl., S. 44, 45, 226; auch ROSIN, *Souveränität usw.* in Hirths Annalen, 1883; ZITELMANN, *Internationales Privatrecht,* I, 1897, S. 46, 86, 91; BR. SCHMIDT, *Der Staat,* S. 64 ff.

[3]) A. a. O., S. 69, 98/99.

[4]) *Gemeinde, Staat, Reich,* S. 181.

Herrschaft, d. h. die aus eigener Macht fließende Überordnung eines Willens über andere, ist erst denkbar, sobald die Personen aus dem Nebeneinander gleicher Individuen heraus- und in das Verhältnis organischer Eingliederung eintreten; sobald es sich nicht mehr um Beziehungen eines Individuums zu andern, sondern um Beziehungen von Gesamtpersonen zu ihren Gliedpersonen handelt. Ein Wille ist einem anderen einzig dann, aber auch dann immer übergeordnet, wenn er zu ihm im Verhältnis des Ganzen zu seinem Teile steht." Es steckt hinter diesem Gedankengang wohl die Tatsache, daß aus einer Herrschaft immer ein Gemeinwesen entsteht. Daß aber der Herrschaftswille immer dem Gemeinwesen, das sowohl Herrscher als auch Beherrschte umfaßt, zugedacht werden müßte, ist bereits die Übertragung einer spezifisch staatsrechtlichen Konstruktion auf das weite Gebiet der Soziologie und kann nicht wiederum aus dieser als eine Grundtatsache alles sozialen Geschehens zur *Begründung* staatsrechtlicher Konstruktionen herübergeholt werden.[1])

Den Herrschaftscharakter des Staates betont auch die sogen. „soziologische Staatsidee",[2]) jedoch mit der unrichtigen Beschränkung, auf eine bestimmte Art der Entstehung der Herrschaft Gewicht zu legen. Dasselbe gilt für die verschiedenen Klassen- und Ausbeutetheorien, die wieder einem besonderen Motiv der Herrschaft grundsätzliche Bedeutung für den Staatsbegriff zulegen.

Allen diesen Theorien gegenüber ist darauf hinzuweisen, daß es bloß auf das Ergebnis einer bestimmt gearteten Herrschaft, nicht auf ihren Ursprung ankommt. Auch ist das Prinzip der ersten Entstehung einer Herrschaft für das Wesen ihres weitern Bestandes nicht von begrifflicher Bedeutung.[3])

---

[1]) Gegen die Auffassung (namentlich SEYDELS), wonach der Staat das Objekt der Herrschaft wäre, siehe LINGG, *Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre*, 1890, S. 19/20.

[2]) GUMPLOWICZ, *Die soziologische Staatsidee*, 2. Aufl., 1902; RATZENHOFER, *Wesen und Zweck der Politik*, 1893. Eine Kritik der Lehre u. a. bei MENZEL, *Begriff und Wesen des Staates*, im *Handbuch für Politik*, I, 1912, S. 37/38.

[3]) Neuerdings sind die Macht- oder Herrschaftstheorien des Staates auch als energetische bezeichnet worden: BEROLZHEIMER, *System*, III, S. 23/24; vgl. auch MENZEL, a. a. O., S. 41—43.

§ 84. Der Staatszweck.

Es besteht eine eigene Beziehung des Staatszweckes zum Begriff des Staates. Wie sich der Zweck eines Gebildes im besonderen gestalten möge, ist wohl für die Frage, ob es ein Staat sei, sicher bedeutungslos. Aber eine gewisse Universalität der Zwecksetzung, eine umfassende Ergreifung der Lebensverhältnisse der Untergebenen ist für den Staatsbegriff von konstitutiver Bedeutung. Nicht das *was*, sondern das *wieviel* der Zwecksetzung, nicht die Qualität, sondern die Quantität ist für den Staatsbegriff maßgebend, da ohne eine umfassende Ergreifung der Lebensverhältnisse, bei einer bescheidenen Beschränkung auf irgend welche Besonderheiten selbst die höchste Machtrelativität nicht diejenige Art von Macht hervorzubringen vermag, die wir als Rechtsmacht bezeichnen und ohne die es keinen Staat gibt.

Erst von diesem Gesichtspunkte aus wird das Verhältnis der mittelalterlichen Kirche zum mittelalterlichen Staat recht verständlich. Die Kirche mag sich wohl zu Zeiten über den Staat erheben und ihn zur Anerkennung ihrer Normen bringen, — solange sich jedoch diese auf das geistige Gebiet beschränken oder über dieses nicht allzu weit hinausgehen und dem Staate ein weitaus breiteres Gebiet von Lebensverhältnissen zur Regelung überlassen, bleibt die Kirche trotz aller Souveränität Kirche und wird nicht zugleich auch Staat. Erst wenn sie selbst ein weites Gebiet dieser Lebensverhältnisse mit ihren Normen erfaßt, wird sie aus der bloßen Kirche für den also erfaßten Kreis von Untertanen zum Kirchenstaat.[1])

Es kommt demnach nicht sowohl auf die oberste Zweckformel an, unter die sich die Tätigkeit eines Gemeinwesens bringen läßt, als vielmehr darauf, ob diese Tätigkeit die für den Staatsbegriff notwendige Ausdehnung hat.

---

[1]) „Anhänger und Gegner der Kurie" — sagt Jellinek, *Allgem. Staatslehre,* 2. Aufl., S. 229, Anm. 1 — behaupten im Mittelalter den staatlichen Charakter der Kirche, die als respublica, regnum, politia bezeichnet wird", und er verweist diesbezüglich auf „Gierke, *Genossenschaftsrecht,* III, S. 540, N. 51; ferner v. Eicken, *Geschichte und System der mittelalterlichen Weltanschauung,* 1887, S. 388 ff.; Friedberg, *Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts,* 4. Aufl., 1895, S. 45 ff."

Die Richtung des Zwecks ist also für den Staat gleichgültig, aber seine Ausdehnung keinesfalls. Wenn man Zweckinhalt und Zweckumfang unterscheiden darf, so könnte man sagen, daß es für den Staatsbegriff nur auf den Zweckumfang, nicht auch auf den besonderen Zweckinhalt ankomme, der jenen ausfüllt.

Es wiederholt sich hier, was wir bereits für den Rechtsbegriff ausgeführt haben: es kommt nicht auf den Zweck der Normen an, ob es Rechtsnormen sind oder nicht; eine gewisse — genau freilich nicht bestimmbare — *Ausdehnung* der Zwecksetzung der normsetzenden Macht ist dagegen unerläßlich, um sie zu einer Rechtsmacht zu stempeln.

Also nur insofern, als die Zwecksetzung für den Machtumfang von Bedeutung ist, kommt ihr auch eine Bedeutung für den Begriff des Rechts und des Staates zu.[1])

Damit gelangen wir auch zum Verständnis der Theorien, die vom Zwecke einer Gesellschaft aus zu dem Begriffe des Staates gelangen wollen.

Etwas derartiges scheint z. B. JELLINEK zu meinen, indem er [2]) behauptet: „Eine rein formale Staatsdefinition, die ganz vom Staatszweck absieht, kann niemals ... ein sicheres Merkmal abgeben, das den Staat von anderen Bildungen unterscheidet. Auf die mittelalterliche Kirche passen alle Merkmale einer formalen Staatsdefinition ... Wenn sie trotzdem nicht Staat war, sondern Kirche blieb, so konnte diese Einsicht nur aus dem Unterschied ihrer Zwecke von denen des Staates gewonnen werden."

Es erhebt sich natürlich auf dieser Grundlage die weitere Frage: welches ist jener Zweck, der ein sicheres Merkmal zur Unterscheidung des Staates von andern Gebilden abgibt? Doch JELLINEK bricht den angebahnten Gedankengang völlig ab, und bei seiner Zweckdefinition des Staates angelangt,

---

[1]) Damit steht bereits die ARISTOTELsche Lehre von der *Autarchie* des Staates in Zusammenhang. Vgl. auch BR. SCHMIDT, *Der Staat,* 1896, S. 51 ff. und die dort Zitierten. Ferner STAHL, *Philosophie des Rechts,* II[3], S. 150: „Die Wirksamkeit des Staates umfaßt die Totalität des menschlichen Gemeinlebens".

[2]) *Allgem. Staatslehre,* 2. Aufl., S. 228/29.

bezeichnet er sie bloß als eine „unter dem Gesichtspunkte teleologischer Rechtfertigung“ zustande gekommene[1]) und fügt hinzu,[2]) sie enthalte „selbstverständlich einen Wertmaßstab, kein Erkenntnisurteil. Ein Staat, der diesem Maßstab nicht entspricht, hört darum natürlich nicht auf, Staat zu sein, er erscheint uns aber als minderwertiger Staat“.

Mit dem Zweckumfang ist ferner auch ein gewisses, wieder nicht genau bestimmbares Minimum der zu dem Begriffe des Staates notwendigen Mitglieder gegeben.[3])

§ 85. Die organische Staatstheorie.

Daraus, daß der Staat bestimmt geartete Normen zur Voraussetzung hat, diese aber Wollungen voraussetzen, folgt nicht, daß der Staat nicht das Erzeugnis eines natürlichen Entwicklungsvorganges sei, der unbewußt und ungewollt einhergeht. Es folgt daraus auch nicht, daß der Staat kein Organismus sein könne, und es folgt daraus nicht, daß er Menschenwerk, notwendigerweise willkürliches Gemächsel sei. Und umgekehrt daraus, daß der Staat (wenigstens zumeist) nicht erdacht und erkünstelt, sondern gewissermaßen naturnotwendig hervorwächst, folgt nicht, daß er nicht Regelungen einer bestimmt gearteten Macht zur Voraussetzung hätte. Können doch eine solche Macht und die von ihr gestützten Normen einem langsamen und als Ganzem unvorhergesehenen und unbewußten Wachstum entsprossen sein. Der ganze Gegensatz hat keinen rechten Sinn. Einerseits ist davon die Rede, ob das ganze Machtgefüge willkürlich ersonnen und zweckbewußt erschaffen ist; anderseits davon, ob das schließliche Ergebnis gewisse Voraussetzungen hat.

---

[1]) A. a. O., S. 256.

[2]) A. a. O., S. 257, Anm. 1.

[3]) Man wird sich diesbezüglich mit der vorsichtigen Formulierung Austins (*Lectures*, I[5], S. 224) begnügen müssen: „A given independent society would hardly be styled political, in case it fell short of a number which cannot be fixed with precision, but which may be called considerable, or not extremely minute“. Und *ebenda* S. 233: „The lowest possible number which will satify that vague condition cannot be fixed precisely“.

Wenn der Staat als ein Organismus bezeichnet wird, ist damit der Rechts- und Staatslehre für den ihr unentbehrlichen Staatsbegriff noch nicht gedient. Denn wenn wir den Staat als Organismus bezeichnen, so haben wir damit erst unsere Auffassung über das genus proximum des genus proximum des Staates (der Gesellschaft) angegeben. Für eine Definition des Staates sind wir damit folglich nicht weitergekommen, als wenn wir ihn als eine Art Gesellschaft ansehen.

Wir haben daher weder Grund, die Auffassung des Staates als Organismus abzulehnen, noch, sie zu befürworten. Ob der Staat als Organismus bezeichnet werden dürfe oder nicht, keinesfalls gehört diese Bezeichnung zu den Grundbegriffen der Rechts- und Staatslehre.

Wenn es eine Tatsache sein soll, daß der Staat ein Organismus ist, so ist es demnach eine, die sowohl vom Wege der Jurisprudenz wie von dem der juristischen Grundlehre abseits liegt.

Will aber die organische Staatsauffassung weiter nichts ausdrücken, als „daß der Staat eine zusammengesetzte Einheit sei, deren eigentümliches Leben mit dem Leben keines ihrer Teile zusammenfalle",[1]) will sie bloß seine „unsichtbare Existenz als reales Wesen" zeigen, ohne es einfach „einer Summe von Menschen" gleichzusetzen, so wäre einem solchen Standpunkte gegenüber — der jedoch die Lehre der organischen Staatsauffassung keineswegs getreu wiedergibt und den Gierke selbst nichts weniger als beibehält — nicht viel einzuwenden: auch jene normative Einheit, in der wir das Wesen der Gesellschaft sehen, tut dasselbe. Wenn also Staatsorganismus weiter nichts als eine Bezeichnung dieses Gedankens bedeuten soll und mit dem biologischen Organismus[2]) nicht mehr zu tun haben will als der Begriff der Korporation mit dem naturwissenschaftlichen Begriff eines Körpers,[3]) so läßt sich mit einer solchen organischen Theorie bloß über die Glücklichkeit der Wahl ihrer Benennung streiten.

---

[1]) Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts,* S. 63/64.

[2]) Vgl. über diesen Begriff van Krieken, *Die sogenannte organische Staatstheorie,* 1873, S. 125—130; Br. Schmidt, *Der Staat,* 1896, S. 10.

[3]) Gierke, a. a. O.

Jedenfalls besagt eine solche organische Staatstheorie nur, daß der Staat eine Gesellschaft ist, diese aber nicht einfach eine Summe von Menschen, sondern ein Ganzes ist, das etwas anderes ist als die Teile, aus denen es besteht; eine eigenartige Einheit, dem gegenüber der einzelne Mensch als Glied bezeichnet werden kann, eine höhere Einheit über ihm, usw.

Wider eine so aufgefaßte organische Staatslehre ist nun dasselbe zu wiederholen, was bereits über die organische Gesellschaftslehre ausgeführt wurde. Es fehlt der organischen Theorie bei dieser veranschaulichenden Betonung jener eigenartigen Gesellschaftseinheit noch immer die klare Erkenntnis dessen, worin diese Eigenartigkeit besteht.[1])

§ 86. Der Rechtsinhaltsbegriff des Staates.

Der hier erörterte Staatsbegriff ist natürlich von jedem besonderen Inhalt, den die Normen der verschiedenen Rechtsmächte haben können, vollständig unabhängig. Es ist ein Begriff, der eine Voraussetzung für jede Jurisprudenz bildet.

---

[1]) Es ist auch der Gedankensprung zu vermeiden, den die organische Gesellschafts- und Staatstheorie und besonders Gierke (*Die Grundbegriffe des Staatsrechts,* 1874, S. 83/84 u. 87/88) begeht, indem sie von der Erkenntnis, daß der Staat eine eigenartige *reale* und *einheitliche Wesenheit* sei, unvermittelt zur Behauptung übergeht, daß er ein eigenartiges *Lebewesen* sei.

„Die Bezeichnung des Staates als Organismus und als Person unterscheidet denselben nicht von allen übrigen Gemeinwesen; sie betont vielmehr im Gegenteil das ihm mit jenen Gemeinsame“ sagt Preuss (*Gemeinde, Staat, Reich,* S. 175), selbst ein eifriger Anhänger der Gierke schen organischen Personentheorie. Es ist damit für eine Definition des Staates vorerst nicht mehr gewonnen, als wenn er als eine Art Gesellschaft bezeichnet wird. Und die Vertreter der organischen Staatstheorie, die über diesen Punkt nicht hinausgehen, können den Vertretern jener Rechtsdefinitionen an die Seite gestellt werden, die das Recht nicht gehörig von der Sitte scheiden. Siehe auch van Krieken, *Die sogen. organische Staatstheorie.* 1873; Lingg, *Emp. Untersuchung,* 1890, S. 32—55; Kelsen, *Hauptprobleme.* S. 450—464; Br. Schmidt, *Der Staat,* 1896, S. 10 bis 22; Bernatzik, *Die juristische Persönlichkeit der Behörden,* Arch. f. öff. Recht, V, 1890, S. 188, 275—279; Fricker, *Über die Persönlichkeit des Staates,* Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft. XXV, 1869; A. Menzel, im *Handbuch der Politik,* I, S. 39,40.

Die befolgten Rechtsnormen mögen bestimmen, was sie wollen, das kann an diesem Staatsbegriffe nichts ändern.

Wenn nun irgendwelche Rechtsnormen selbst vom Staate sprechen, können sie dabei entweder von diesem Voraussetzungsbegriff Gebrauch machen, oder sie können das Wort auch in einem anderen Sinne verstehen und damit stillschweigend oder auch ausdrücklich einen besondern juristischen Begriff des Staates setzen. Ein solcher hat natürlich nur die Bedeutung, anzugeben, was unter dem Ausdruck Staat im betreffenden Recht zu verstehen ist. Keinesfalls kann er die Bedeutung haben, unsern Voraussetzungsbegriff von Staat zu zerstören oder zu ersetzen. Der juristische Begriff bedeutet ja keine Wesenheit, sondern eine Regelung. Der juristische Staatsbegriff mag also lauten wie er will, es muß die betreffende Jurisprudenz neben ihm noch immer auch den Wesensbegriff des Staates unverändert voraussetzen.

Es ist auch von vornherein klar, daß es so viele verschiedene juristische Staatsbegriffe geben kann, als sich hierüber verschiedene Inhalte in den verschiedenen Rechtssystemen auffinden lassen.

Die Lehre von diesen verschiedenen Staatsbegriffen ist von Jellinek[1]) wohl nachdrücklich, aber in einer Hinsicht nicht zutreffend ausgeführt worden. Er hat diese Unterscheidung dadurch nicht richtig zum Ausdruck gebracht, daß er in ihr zwei verschiedene „Erkenntnisarten" des Staates sieht, zwei „mögliche Standpunkte, von denen aus eine Erkenntnis des Staates vorgenommen werden kann". Die erste Art der Betrachtungsweise hat zum Gegenstand den Staat als *soziale* Erscheinung, sie wendet sich den realen, subjektiven und objektiven Vorgängen zu, aus denen das Leben der Staaten besteht. Sie hat also sein reales Wesen zu erfassen. Dagegen soll nach Jellinek „die juristische Erkenntnis des Staates nicht sein reales Wesen erfassen, sondern den Staat juristisch denkbar machen, d. h. einen Begriff auffinden, in dem alle rechtlichen Eigenschaften des Staates widerspruchslos zu denken sind". „Die juristische Erkenntnisweise

---

[1]) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* 2. Aufl., S. 130—133, 155/56.

des Staates hat die soziale daher zu ergänzen, ist aber in keiner Weise mit ihr zu vermengen. Ihre Methode ist ausschließlich die juristische. Die Verkennung und Verwischung des hier dargelegten Unterschiedes ist die Ursache der verhängnisvollsten Irrtümer bis auf die Gegenwart herab geworden. Die juristische Natur des Staates und seiner Institutionen wird fortwährend mit seiner sozialen Realität vermischt. Ja, daß es mehrere Erkenntnisweisen des Staates gebe, ist überhaupt noch nicht zu klarem Bewußtsein durchgedrungen".

Es ist ein Verdienst JELLINEKS, einmal nachdrücklich auf den Unterschied hingewiesen zu haben, der zwischen dem Wesen des Staates und seiner juristischen Erfassung besteht. Nur dürfte seine juristische Erfassung nicht als eine besondere „Erkenntnisart" des Staates angesehen werden.[1]) Der juristische Menschenbegriff irgend eines Rechtssystems ist keine besondere Erkenntnisart des Menschen. Was irgend ein Rechtssystem Staat nennt, kann ja etwas ganz anderes sein, als der Wesensbegriff des Staates.[2]) Es sind das nicht etwa zwei Seiten, die soziale und die juristische, desselben Dinges; denn während es nur einen sozialen Staatsbegriff geben kann, kann es eine unbegrenzte Zahl juristischer Staatsbegriffe geben. Es ist dies ein gutes Beispiel unserer grundsätzlichen Gegenüberstellung von juristischen Voraussetzungs- oder Grundbegriffen und Rechtsinhaltsbegriffen.

Der juristische Staatsbegriff ist ein inhaltlicher Rechtsbegriff, ein Begriff der Jurisprudenz, den es überhaupt nicht geben muß, neben dem aber der Voraussetzungsbegriff des Staates unveräußerlich jeder Rechtswissenschaft zugrunde liegt.[3])

---

[1]) Vgl. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre,* I, S. 226, Anm. 1.

[2]) Es ist folglich auch keine glückliche Formulierung, wenn JELLINEK *(Allgem. Staatslehre,* 2. Aufl., S. 40) dem „gesellschaftlichen Wesen", das „mittels der in den historischen und Sozialwissenschaften geltenden Methoden erkannt wird", „das rechtliche Wesen", das mit der juristischen Methode erkannt wird, als die beiden *koordinierten* Seiten des Staatslebens und der wissenschaftlichen Betrachtung gegenüberstellt und den juristischen Staatsbegriff als eine Ergänzung des sozialen auffaßt.

[3]) Vgl. auch COMBOTHECRA, *La conception juridique de l'État;* SEIDLER, *Das juristische Kriterium des Staates.*

Freilich kann es auch verschiedene soziale Unterarten von Staaten geben. Sämtliche müssen aber *Arten* des einheitlichen sozialen Staatsbegriffes sein, sonst wären es eben keine *Staats*arten. Dagegen können verschiedene *juristische* Staatsbegriffe unverbrüdert nebeneinander stehen, ohne die Unterarten eines *einheitlichen juristischen* Staatsbegriffes abzugeben.[1])

§ 87. Der Wille des Staates.

Da unter dem Willen des Staates nicht die ausnahmslose Willensübereinstimmung sämtlicher Staatsangehöriger verstanden wird, so kann dieser Begriff nur einen normativen Gesamtwillen bedeuten. Er kann also nur durch eine Norm zustandekommen, laut der der Wille irgendwelcher Machthaber dem Staate zugerechnet werden soll.[2]) Der Staatswille ist also immer ein Norminhaltsbegriff. Die betreffende Norm braucht nicht gerade eine Rechtsnorm zu sein. Es kann auch einen konventionalen Begriff des Staatswillens geben. Erst wenn eine Rechtsnorm den Willen irgendwelcher Machthaber als Staatswillen bezeichnet, kommt ein in engerem Sinne juristischer oder Rechtsinhaltsbegriff des Staatswillens zustande. Gewöhnlich wird alle Veranlassung vorliegen, wenn der Begriff eines Staatswillens konventional oder juristisch gebildet wird, den Willen der Rechtsmacht dem Staate zuzuschreiben, wodurch der juristische Grundbegriff des Willens der Rechtsmacht mit dem Rechtsinhaltsbegriffe des Staatswillens zusammenfallen kann. Es entsteht hieraus eine ganze Menge von Verwechslungen und Irrtümern.

Es ist *wohl* darauf zu achten, daß der Begriff des Staatswillens kein Grundbegriff der Rechts- und Staatslehre ist.

---

[1]) Kistiakowski *(Gesellschaft und Einzelwesen,* 1899, S. 61 ff.) wird dem Unterschiede zwischen Seins- und Sollensbegriffen nicht gerecht, indem er zwischen dem sozialen und dem juristischen Staatsbegriff keinen anderen Unterschied sieht als zwischen verschiedenen Seinsbegriffen des Staates. Ferner übersieht er auch die Möglichkeit einer Verschiedenheit der juristischen Staatsbegriffe (namentlich S. 68/69). Den juristischen Staatsbegriff verkennt auch Menzel im *Handbuch der Politik,* I, S. 40/41.

[2]) Daß dabei diesem normativen Gesamtwillen zumeist ein kollektivpsychologischer (siehe oben, § 76) zugrunde liegt, kann hier außer acht bleiben.

Er enthält keine Denknotwendigkeit; er folgt weder aus dem Wesensbegriffe des Staates, noch aus dem des Rechts. Wir können durch die Herausarbeitung sämtlicher Bestandteile dieser Begriffe niemals zum Begriffe des Staatswillens gelangen. Es liegt also für die juristische Grundlehre gar keine Veranlassung vor, der Gesamtheit der Einzelnen, die den Staat ausmachen, einen Gesamtwillen zuzuschreiben. Wogegen der Einzel- oder (wie gewöhnlich) der Gesamtwille der Rechtsmacht (und zwar im nichtnormativen Sinne des Wortes) ein unvermeidlicher Grundbegriff jeder Rechts- und Staatslehre ist.

Es ist dies um so mehr hervorzuheben, als den Rechts- und Staatslehren der Begriff des Willens der Rechtsmacht gewöhnlich nicht geläufig ist; sie sind derart daran gewöhnt, diesen Willen dem Staate zuzurechnen, daß sie überall nur mit dem Staatswillen arbeiten.

Auf diesem Wege gelangen diese Lehren schließlich sogar dazu, auch für den Begriff des Rechts ohne unseren Begriff der Rechtsmacht auskommen zu wollen und das Recht direkt als Willen des Staates hinzustellen. Erst von dem hier erlangten Punkte unserer Untersuchung aus ist es möglich, in das Wesen dieser Auffassung einen Einblick zu gewinnen.

Mit der Gepflogenheit, den Willen der Rechtsmacht dem Staate zuzuschreiben und den Begriff der Rechtsmacht fallen zu lassen, kam man dahin, auch die reale Kraft der Rechtsmacht einfach dem Staate zuzuschreiben, und somit konnte das Recht als Staatsschöpfung angesehen werden.[1])

Wo jedoch die Macht liegt, ist eine bloße Tatsachenfrage, und indem man sie mit der Zurechnungsbrille untersuchte, konnte man sie nicht klar beantworten. Wer die höchste Macht in jenem angegebenen Sinne in Händen hat, ist eine Tatsachenfrage und hat demnach nichts mit der Frage zu tun, wem diese Macht zugerechnet wird. Was das Recht ist,

---

[1]) Die Erkenntnis dieses Gegensatzes ist schon bei Aristoteles vorhanden, indem er (*Politik.* III. Buch. 1. Kap.) sagt „man ist nicht darüber einig (was der Staat sei), indem die einen von einer Aktion sagen, der Staat habe sie vollzogen, die anderen. nicht der Staat habe sie vollzogen, sondern die Oligarchie oder der Tyrann“.

ist eine Tatsachenfrage, eine Frage, die aus realen Zusammenhängen beantwortet sein will.

Wir wollen erstens einmal wissen, was das Recht in Wirklichkeit ist, nicht was gewisse Normen, die ja fortwährend wechseln können, irgendwo Recht nennen. Wir brauchen vor allem einen Wesensbegriff, nicht einen normativen oder einen Zurechnungsbegriff des Rechts. Wenn uns aber gesagt wird, Recht sei der Wille des Staates, so erhalten wir auf unsere Frage nach dem Wesen des Rechts, eine Zurechnungs- oder normative Antwort.

Dies gilt bereits für den Fall, daß dieser Auffassung der konventionale Staatswillensbegriff zugrunde liegt. Auch in diesem Falle gelangen wir zu keiner klaren Einsicht in das Wesen des Rechts und folglich auch zu keiner klaren Erkenntnis des Wesens des Staates, denn es wird durch diese konventionale Willens- und Machtzurechnung die Tatsache und die Bedeutung der realen Macht im bereits ausgeführten Sinne dieses Wortes durchaus verdunkelt. Das Recht ist nicht der Ausfluß einer konventional zugerechneten Macht, sondern einer wirklich bestehenden. Diese ist aber nicht beim Staate, sondern irgendwo innerhalb des Staates. Sehr oft ist ja die große Masse der staatlichen Gesellschaft durchaus machtlos und die Macht in ganz wenigen Händen. Manchmal ist die Macht auf breitere Schichten verteilt, aber immerhin besteht ein beträchtlicher Unterschied zwischen dem Ganzen des Staates, d. h. zwischen dem Kreise derjenigen Menschen, die die Normen der obersten Macht befolgen, und dem Kreise der Menschen, die diese Macht tatsächlich bilden. Wenn wir also das Recht selbst in einer nur konventionalen Bedeutung dieses Wortes als Staatswillen bezeichnen, so verschleiern wir damit die wichtigsten Tatsachen, die zu seinem Verständnis notwendig sind.

Zu dieser Trübung des Rechtsbegriffes tritt jedoch eine noch weitere Vermengung hinzu, wenn das Recht als Ausfluß des Staatswillens bezeichnet wird, unter diesem aber nicht ein konventionaler, sondern ein juristischer Begriff gemeint ist. Es wird in diesem Falle die Frage, was das Recht ist, aus bestimmten Rechtsnormen zu beantworten versucht;

wir gelangen anstatt zu einem Wesensbegriffe nicht nur zu einem normativen, sondern gar zu einem Rechtsinhaltsbegriff des Rechts. Das Recht möchte sich damit selbst beim Schopfe aus dem Sumpfe einer solchen Verwirrung ziehen. Während also der Staatsbegriff auf den Rechtsbegriff zurückgreifen muß, kann umgekehrt der Rechtsbegriff nicht auf den Staatsbegriff gegründet werden.[1])

Gewöhnlich gelangen solche unmaßgebliche Anmaßungen durch eine falsche Theorie in den Rechtsinhalt. Die Rechts- und Staats*lehre* spricht so lange vom Recht als vom Willen des Staates, bis sich diese Auffassung selbst in die Rechtsnormen hinein verirrt, um nunmehr aus ihnen als positives Recht wieder hervorgeholt zu werden.

Diese Auffassung, wonach anstatt Rechtsmacht einfach Staat gesagt wird, ist gegenwärtig allgemein verbreitet. Rehm[2]) führt aus, daß die Auffassung des positiven deutschen Staatsrechts fast ausnahmslos dahin gehe, daß der Staat selbst das Subjekt der Staatsgewalt sei. „Es könnte sonst nicht, wie z. B. im Preußischen Allgemeinen Landrechte, von ‚Rechten und Pflichten des Staates' oder, wie in den spätern Verfassungsurkunden, von Vertretung des Staates durch das Staatsoberhaupt gesprochen werden. Ganz allgemein kommt es aber darin zum Ausdruck, daß die Verfassungsurkunden regelmäßig zuerst, d. h. im ersten Abschnitt, vom Staate und erst in einem der folgenden vom Staatsoberhaupte sprechen", und auch das fremdländische Recht stehe auf dem gleichen Standpunkte wie das deutsche.

Bei Jellinek verirrt sich aber diese Rechtsauffassung vom Staate und seinem Willen gar in seinen „sozialen Staatsbegriff", von dem er[3]) folgende Definition gibt: „Der Staat ist die *mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete* Verbandseinheit seßhafter Menschen". Von andern Einwänden abgesehen, ist an dieser Definition auszusetzen, daß sie nicht

---

[1]) Vgl. Stammler, *Wirtschaft und Recht,* 1. Aufl., S. 125/26; Stammler, *Theorie,* S. 394—397; Jellinek, *Allgem. Staatslehre,* 2. Aufl., S. 419; Radbruch, *Grundzüge,* S. 83, 159 60; Kelsen, *Hauptprobleme,* S. 405 ff.

[2]) Rehm, *Allgemeine Staatslehre,* S. 151.

[3]) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* 2. Aufl., S. 173.

ausdrücklich feststellt, ob die „Verbandseinheit seßhafter Menschen“ selbst als das Subjekt der ursprünglichen Herrschermacht angesehen werden soll, oder ob diese Verbandseinheit nur in dem Sinne als mit Herrschermacht „ausgerüstet“ aufgefaßt werden soll, daß diese in der Verbandseinheit vorkommt. Wir müssen andere Stellen heranziehen, um zu erfahren, was unter dem Ausdruck „ausgerüstet“ verstanden sein will. Da finden wir nun folgende Wendungen: „Der Staat hat Herrschergewalt.“ „Diese Macht unbedingter Durchsetzung des eigenen Willens gegen andere Willen hat nur der Staat. Er ist der einzige, kraft ihm innewohnender ursprünglicher, rechtlich von keiner anderen Macht abgeleiteten Macht herrschende Verband.“

Jellinek unterschiebt also trotz seiner Unterscheidung eines sozialen und eines juristischen Staatsbegriffes bereits seinem sozialen eine juristische Konstruktion. Selbst indem er das Wesen des Staates von allem Rechtsinhalte abgesehen zu bestimmen versucht, gelangt er zu einer Antwort, die nicht das Wesen des Staates dartut, sondern nur eine juristische Konstruktion ist.

Kelsen hat neuerdings energisch auf die Irrtümer hingewiesen, die durch das unbefugte Eindringen psychologischer und soziologischer Betrachtungen in die Jurisprudenz entstehen. Hier haben wir ein Gegenstück dazu, ein Beispiel eines ebenso unbefugten und irreführenden Eindringens juristischer Gedankengänge in ein seinswissenschaftliches Gebiet.

„Ein tief Geheimnis wohnt in des Staates Seele“[1] — es ist das Geheimnis, das bereits im Problem der Kollektivseele steckt und das in den Staat namentlich dadurch hineingeheimnist wird, daß man Wesensbegriffe mit gleichbenannten normativen Begriffen verwechselt. Es ist das fortwährend wiederkehrende Geheimnis, dessen Enträtselung eine der Aufgaben der juristischen Grundlehre ist.

---

[1]) There is a mystery — with whom relation
Durst never meddle — in the soul of state,
Which has an operation more divine
Than brath or pen can give expressure to.
Shakespeare, *Troilus und Cressida,* Act. III, Scene 3.

Daß der Wille des Staates ein rechtsinhaltlicher, zum Zweck der *juristischen* Zurechnung gebildeter Begriff ist, der mit seinswissenschaftlichen Wesenheiten nichts zu tun hat, hat KELSEN[1]) eingehend gezeigt. Es ist *wohl* darauf zu achten, daß die Lehren KELSENS, *der Staat* könne nicht wollen, daß etwas gewollt werde; er könne nur seine eigenen Handlungen wollen,[2]) nur für den Rechtsinhaltsbegriff des Staatswillens Geltung beanspruchen, nicht aber wieder in der gewohnten Verwechslung auf den Wesensbegriff des Willens der Rechtsmacht bezogen werden dürfen.

KELSEN[3]) selbst betont es immer wieder, daß die Lehre, das Recht sei Wille des Staates, nicht besage, der Staat erzeuge das Recht, sondern nur, daß er der Träger des Rechts ist, daß es ihm zugerechnet wird. Die Erzeugung des Rechts bezeichnet auch KELSEN als einen sozialen, nichtjuristischen Vorgang.

Es ist dem nur noch hinzuzufügen, daß die Jurisprudenz neben diesem rechtsinhaltlichen Zurechnungsbegriff eines Staatswillens auch noch den Seinsbegriff des Willens der Rechtsmacht nötig hat. KELSEN erkennt das Unhaltbare der landläufigen Lehre vom Staatswillen, worin zwei unvereinbare Betrachtungsweisen miteinander verquickt werden. Nur irrt er, wenn er sich mit seinem juristischen Staatswillensbegriff begnügen zu können glaubt und seinen Ausgangspunkt von der Gegebenheit einer Rechtsordnung nimmt, ohne die Frage zu stellen, was die Gegebenheit einer Rechtsordnung bedeutet. Damit, daß die Fragen: wann ist eine Rechtsordnung gegeben? und: was alles ist damit mitgegeben? vorjuristische Fragen sind, ist ihre Bedeutung für die Jurisprudenz noch durchaus nicht abgetan. Es sind vorjuristische Fragen, ohne deren Beantwortung eine Jurisprudenz nicht möglich ist.

Aus der Auseinanderhaltung von Rechtsmacht und Staat folgt natürlich keineswegs, daß der Staat der Gegenstand der Herrschermacht sei. Es ist daher irrtümlich, mit SEYDEL[4])

---

1) KELSEN, *Hauptprobleme*. S. 162—188.

2) A. a. O., S. 189/90.

3) A. a. O., S. 98, 405—407.

4) SEYDEL, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Würzburg 1873, S. 4.

zu sagen: nicht der Staat habe den beherrschenden Willen, auch „ist er nicht der Wille, sondern dessen Gegenstand. Der Herrscherwille ist über dem Staate. Staat und Herrscher sind so sehr zweierlei, wie Eigentum und Eigentümer“. Damit wäre die Staatslehre wieder auf jene frühere Stufe zurückgesunken, wonach die Rechtsmacht außerhalb des Staates stünde, folglich nicht zu ihm gehörte. Kein Wunder, daß die Theorie SEYDELS nicht viel Zustimmung gefunden hat.

Die Rechtsmacht steht nicht *außer* und nicht *über* dem Staate, sondern sie ist *im* Staate, sie gehört mit zum Staat; nur eine Gesellschaft, wo es eine solche Macht gibt, ist ein Staat. Die Notwendigkeit dieser Anschauung geht schon aus folgender Überlegung hervor: Die Rechtsmacht kann derart beschaffen sein, daß sie nicht aus einem Einzelnen, sondern aus einer Gesamtheit besteht, deren sämtliche Glieder für sich genommen nicht Rechtsmacht, sondern Untertanen sind, mithin jedenfalls zum Staate gehören. Es kann folglich auch eine Rechtsmacht, die durch den Zusammenschluß bestimmter Untertanen gebildet ist, nicht außerhalb des Begriffes des Staates stehen.

Das Bild des außer und über dem Staate stehenden Herrschers ist dem absoluten Staate entnommen, für den es sich übrigens auch nicht verteidigen ließe, — davon ganz abgesehen, daß dieser Grenzbegriff des absoluten Staates der Theorie in der Wirklichkeit kaum irgendwo zu finden ist. Was so genannt wird, ist gewöhnlich nur durch eine Außerachtlassung der Machthaber zustande gebracht, die neben der Person des Einzelherrschers mit zu der wirklichen Rechtsmacht des sogen. absoluten Staates gehören.[1])

---

[1]) In seinem letzten Werke, *Vorträge aus dem allgemeinen Staatsrecht,* München 1903, S. 5 (S.-A. aus den „Annalen des Deutschen Reichs“ 1898, S. 324/25), hält SEYDEL an seiner Theorie vom Staate als Herrschaftsobjekt noch immer fest, obwohl er — allerdings schwankend — der dagegen erhobenen Einwände gedenkt: „Eine andere Ausdrucksweise ist die, welche mit der Bezeichnung Staat Herrschaftsgegenstand und Herrschaftsträger zusammenfaßt, also den Zustand bezeichnet. *Auch das kann man gelten lassen;* doch fehlt dann die bequeme und geläufige Bezeichnung Staat für die Herrschaftsgegenstände, und überdies ist es

§ 88. Die Persönlichkeit des Staates.

Die verschiedenen Definitionen von Person und Persönlichkeit weisen insgesamt darauf hin, daß unter diesem Ausdruck die Einheit der Seele, (die im engsten Zusammenhang mit den Begriffen des Bewußtseins, des Ichs und des Willens steht,) und manchmal außer dieser psychologischen Einheit auch noch ihre ethische Bedeutung verstanden wird.[1])

Wird der Begriff der Person auf eine Mehrheit von Menschen ausgedehnt, so entsteht ein ähnlicher normativer oder Zurechnungsbegriff wie z. B. der normative Begriff des Gesamtwillens. Sobald wir gewisse Tätigkeiten des Einzelnen einer Gesamtheit zuschreiben, liegt es nahe, diese auch als eine dem Einzelmenschen ähnliche Persönlichkeit aufzufassen. Wir dürfen aus dieser Auffassung folglich nicht *mehr* herauslesen wollen, als wir in sie hineingelegt haben, und dürfen nicht nunmehr aus dem Persönlichkeitsbegriff weitere Eigenschaften der als Person bezeichneten Gesellschaft herleiten.

Haben wir sie z. B. deshalb als Persönlichkeit aufgefaßt, weil wir ihr einen Willen zusprachen, so darf ihr nun nicht etwa ein Gefühl zugeschrieben werden, weil einer Persönlichkeit auch Gefühl zukomme. Es ist diesbezüglich psychologisch gar nichts gegeben, alles ist bloß normativ.[2])

---

nicht ganz einwandfrei, den Herrscher, der die Einheit bewirkt, wieder mit dem Staate zusammen eine Einheit bilden zu lassen".

Gegen die Theorie des Staates als Herrschaftsobjektes siehe LINGG (*Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre,* Wien 1890, S. 19), der dabei den richtigen Teil der SEYDELschen Lehre, daß der Staat nicht der beherrschende Wille ist, festhält.

[1]) Klar bei KANT, *Metaphysik der Sitten,* WW. Akad.-Ausg., Bd. VI, S. 223.: „Die *moralische* Persönlichkeit ist nichts anderes als die Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen, (die *psychologische* aber bloß das Vermögen, sich der Identität seiner selbst in den verschiedenen Zuständen seines Daseins bewußt zu werden“). Vgl. WUNDT, *Ethik,* II³, S. 52, 53; WUNDT. *Grundzüge der physiologischen Psychologie,* III⁵, S. 375; EISLER, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe;* GEYSER, *Lehrbuch der allgemeinen Psychologie,* 2. Aufl., S. 105 ff.

[2]) Vgl. KELSEN, *Hauptprobleme,* S. 407: „Für die juristische Betrachtung ist Person und Wille vollkommen identisch; die Person und insbesondere auch die juristische Person des Staates hat nichts als Willen,

Dasselbe gilt auch von der Persönlichkeit derjenigen Gesellschaft, die wir Staat nennen. Es ist deshalb naiv, die Persönlichkeit des Staates als eine natürliche (nicht normative) Gegebenheit zu betrachten und daraus alles mögliche herausbuchstabieren zu wollen, wie z. B. die Arten der Staatsfunktionen, ihr Verhältnis zueinander oder Begriff und Bedeutung der Verwaltung. Man kann aus der Persönlichkeit des Staates nicht um ein Jota mehr herauslesen, als durch die Normen, auf die dieser Begriff zurückdeutet, in sie hineingelegt worden ist.

Auch für den Begriff der Persönlichkeit des Staates ist die Unterscheidung zu wiederholen, daß die Normen, auf die er sich gründet, ebensowohl juristische wie konventionale sein können. Es kann folglich neben dem konventionalen auch einen juristischen, also einen aus Rechtsnorminhalten herrührenden Begriff der Staatspersönlichkeit geben, und seine Bedeutung kommt sodann ganz auf diesen Inhalt an. Es kann der juristische mit dem konventionalen gleichen Inhaltes sein; es kann aber auch einen besondern juristischen geben; es gilt hierüber dasselbe, wie für die Rechtsinhaltsbegriffe überhaupt.

Für einen solchen Rechtsinhaltsbegriff der Persönlichkeit des Staates muß es vor allem von Bedeutung sein, was die betreffenden Rechtsnormen unter Person verstehen. Und da ist es für den Juristen klar, daß der juristische Begriff der Person vom psychologischen Personbegriff durchaus verschieden ist. Person im juristischen Sinne bedeutet gewöhnlich soviel wie Rechtssubjekt, also durchaus nicht das psychologische oder ethische Ich.

Der Unterschied des juristischen und des psychologischen Personenbegriffes wird gewöhnlich dadurch verwischt, daß der juristische in erster Linie an den Begriff des Menschen anknüpft. Der Unterschied tritt aber sofort deutlich hervor, wenn das Recht entweder nicht jeden Menschen als Person

wie ja allgemein zugegeben wird, mit Ausnahme der organischen Staatstheorie, die konsequenterweise auch Staatsgefühl und Staatsvorstellungen behaupten muß. Das heißt aber richtiger ausgedrückt: Die Person im Rechtssinne ist nur Wille".

betrachtet, oder wenn es umgekehrt auch Nicht-Menschen als Personen bezeichnet.

Wenn also der Staat in diesem Sinne als Person bezeichnet wird, so bedeutet das nur soviel, daß er als Subjekt von Rechten angesehen wird. Durch den Inhalt von Rechtsnormen kann die juristische Staatsperson andern Personen in bestimmten Beziehungen gleichgesetzt werden. So wird z. B. der Staat als Fiskus in privatrechtlicher Hinsicht den übrigen Subjekten des Privatrechts gleichgesetzt.[1]) Ein besonderes Problem, dessen Lösung viel Scharfsinn erforderte, wird man hierin nur dann erblicken, wenn man erst davon ausgeht, daß das Recht vom Staat geschaffen werde, dabei übersieht, daß diese Auffassung bereits eine juristisch-normative ist, und sich dann darüber wundert, wie der Staat, der hienach vor dem Rechte da sein sollte, erst durch das Recht irgend welche Rechte und Pflichten erhalten könne.

Soll dagegen unter der Persönlichkeit des Staates jene ihm eigene Einheit verstanden werden, so ist damit wieder nichts anderes gesagt, als wenn der Staat als eine Gesellschaft bezeichnet wird.[2])

---

[1]) Vgl. O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, S. 47—52; Seydel, *Bayrisches Staatsrecht*, II, S. 369 ff.; Jellinek, *Allgem. Staatslehre*, 2. Aufl., S. 373/74; Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, II, S. 162 bis 165; Hatschek, *Die rechtliche Stellung des Fiskus im bürgerl. Gesetzbuch.*

[2]) Es ist daher irrtümlich, von der Persönlichkeit des Staates so viel mystisches Wesen zu machen, oder gar mit Gierke *(Das Wesen der menschlichen Verbände,* 1902, S. 8/9) zu behaupten, daß das Gelingen des Versuches einer Ausschaltung der Staatspersönlichkeit einen Rückschritt der Kultur bedeuten würde!

Desgleichen ist es falsch, mit L. v. Stein *(Verwaltungslehre,* I², 1869, 1. Teil. S. 3) in der Persönlichkeit das Wesen des Staates zu sehen und sie daraus abzuleiten. daß der Staat, um aus Einzelnen bestehen zu können, dem Wesen der Einzelnen gleichartig sein müsse. Es müßte in diesem Sinne jede Gemeinschaft ebenfalls als Persönlichkeit aufgefaßt werden, da doch jede aus Einzelnen besteht. Dieser Schluß wird jedoch von v. Stein bestritten (a. a. O., S. 4). Sodann ist es auch nicht richtig, daß eine Kollektiveinheit die Eigenschaften ihrer Teile in irgendwelcher höheren Potenz selbst besitzen müsse. Eine aus Kugeln gebildete Pyramide ist keine Kugel, und eine Schafherde ist kein Tier.

Auch ist es irrtümlich, wenn Gerber *(Grundzüge eines Systems des*

Der Begriff der Persönlichkeit des Staates ist daher kein Grundbegriff der Rechts- und Staatslehre; er ist ein Rechtsinhaltsbegriff, dessen Bedeutung dem zugrundeliegenden Rechtsinhalte zu entnehmen ist.

§ 89. Der Grundbegriff der Souveränität.

Die Gesamtheit der Eigenschaften, die eine Macht zur Rechtsmacht erheben, pflegt man auch als Souveränität zu bezeichnen. Wir können statt Rechts- oder Staatsmacht auch souveräne Macht sagen. Wir führen damit keinen neuen Begriff in den Lauf unserer Untersuchung ein, sondern nur eine neue Bezeichnung für einen uns bereits geläufigen Begriff, allerdings eine so abgenützte und vieldeutige, daß sie dadurch beinahe gänzlich unbrauchbar gemacht ist.[1])

Der Begriff selbst bildet jedoch ein Glied des Rechtsbegriffes; er ist daher sowohl für die juristische Grundlehre,

---

deutschen Staatsrechts, S. 2, Anm. 2) anderseits in der Auffassung des Staates als eines persönlichen Wesens die Voraussetzung jeder juristischen Konstruktion des Staatsrechts sieht und sie dann wieder lediglich als ein Aussprechen dessen bezeichnet, was bereits tatsächlich in der natürlichen Anlage des Staates vorhanden ist (a. a. O., Beilage über „die Persönlichkeit des Staates“ S. 219—229).

Die juristische Auffassung des Staates als einer Persönlichkeit ist nur eine besondere juristische Konstruktion.

Nebelhaft gestaltet sich die Lehre von der Persönlichkeitsnatur des Staates bei Gierke *(Grundbegriffe des Staatsrechts,* S. 97, 102), der als allgemeines Merkmal des Personenbegriffes die Eigenschaft: „Rechtssubjekt zu sein“ angibt, aber innerhalb *dieses* Begriffes eine Individualpersönlichkeit und eine Gesamtpersönlichkeit unterscheidet und unter der letzteren „die einer Personengesamtheit immanente Einheit“, „ein aus selbständigen Einzelwesen zusammengesetztes Gesamtwesen“ versteht (a. a. O., S. 103). Sein Begriff einer Gesamtpersönlichkeit ist also mit seinem Begriffe Organismus und dieser mit dem Begriff Gesellschaft identisch. Wie demnach der Begriff: „aus Einzelwesen bestehendes einheitliches Wesen zu sein“, eine Unterart des Begriffes: „Rechtssubjekt zu sein“ sei, ist nicht verständlich. Es ließe sich nur sagen, daß die Persönlichkeit eine Eigenart verschiedener Wesenheiten sein kann.

[1]) Vgl. Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften,* 1889, S. 101 ff.

wie für jede Jurisprudenz und Staatslehre unerläßlich, einer ihrer Voraussetzungs- oder Grundbegriffe.

Als Grundbegriff bedeutet die Souveränität die Gesamtheit der Eigenschaften, die eine Macht zu einer Rechtsmacht erheben. Wenn nun diese Macht ebenso wie ihr Wille entweder konventional oder juristisch dem Staate zugeschrieben wird, so entsteht dadurch auch ein neuer, normativer — konventionaler oder juristischer — Souveränitätsbegriff, der keine Wirklichkeit, sondern eine Regelung zum Ausdruck bringt.

Man hält gewöhnlich große Stücke darauf, daß wir den Theorien der Herrscher- und der Volkssouveränität gegenüber zur Lehre der Staatssouveränität gelangt sind. Weder der Monarch noch das Volk — heißt es — sei souverän, sondern der Staat. Soll aber nicht von einem bloß normativen, sondern von einem Seinsbegriff der Souveränität die Rede sein, so ist sie keine Eigenschaft des Staates, sondern eine der Rechtsmacht. Ob diese in einem gegebenen Falle durch den Herrscher oder durch irgendwelche andere Machthaber gebildet wird, ist eine Tatsachenfrage, die für jedes Staatswesen besonders zu entscheiden ist. Wer immer die Rechtsmacht in Händen habe, es ist die Rechtsmacht, die souverän ist.[1])

Wir haben bei der Untersuchung der Rechtsmacht gefunden, daß sie die an sie gerichteten Normen einer anderen Macht befolgen kann, ohne den Charakter einer Rechtsmacht zu verlieren: sie darf es nur nicht in dem Maße tun, daß dadurch nunmehr diese über ihr stehende Macht zu einer Rechtsmacht würde. Es kann daher wohl eine Macht über einer Rechtsmacht, aber keine Rechtsmacht über einer anderen Rechtsmacht stehen. Innerhalb dieses hier bezeichneten Spielraumes kann

---

[1]) Klar bei Austin, *Lectures*, I[5], S. 221: „It is only throug an ellipsis, or an abridged form of expression, that the society is styled independent. The part truly independent is not the society, but the sovereign portion of society: that certain member of the society, or that certain body of it members, to whose commands, expressed or intimated, the generality or bulk of its members render habitual obedience. By ‚an independent political society' or ‚an independent and sovereign nation', we mean a political society consisting of a sovereign and subjects, as opposed to a political society which is merely subordinate".

es also Unterschiede zwischen Rechtsmacht und Rechtsmacht geben. Es kann Rechtsmächte geben, die sich überhaupt keiner anderen Macht unterordnen, wie z. B. das alte Rom zu gewissen Zeiten, und es kann Rechtsmächte geben, die sich anderen Mächten in einem bestimmten Grade unterordnen, wie z. B. die Rechtsmächte unserer Völkerrechtsgemeinschaft, und es kann wieder Verschiedenheiten des Grades dieser Unterordnung geben, wie wir sie z. B. zwischen den Großmächten und den übrigen bereits kennen gelernt haben.

Mit unserem Begriffe der Souveränität haben jedoch diese Verschiedenheiten nichts zu tun. Da wir als Souveränität die Gesamtheit der Eigenschaften bezeichnet haben, die einer Macht den Charakter einer rechtlichen verleihen, so ist damit das hierzu erforderliche *Minimum* bezeichnet, ohne das von einer Rechtsmacht nicht mehr die Rede sein kann; jene Unterschiede hingegen betreffen Grade von Macht, die über dieses Minimum hinausgehen. Da mit diesem Minimum bereits die volle Souveränität gegeben ist, können diese Unterschiede nicht als Grade der Souveränität bezeichnet werden.

Infolge des uns bereits bekannten Verhältnisses von Rechtsmacht und Staat ist es klar, daß die Souveränität als Eigenschaft der Rechtsmacht, damit auch ein unerläßliches Merkmal des Staatsbegriffes bildet. Wenn man also die Eigenschaft der Souveränität von der Rechtsmacht auf den Staat überträgt, so muß man zu dem Ergebnis gelangen, daß es einen nichtsouveränen Staat nicht geben kann.

Natürlich ändern verschiedene Bezeichnungen an den hier ausgeführten Begriffen nichts. Will jemand erst das über den Begriff der Rechtsmacht hinausgehende Maximum der Nichtunterordnung als Souveränität bezeichnen, so wird der Souveränitätsbegriff vom Staate losgelöst. Es lassen sich dann *in diesem Sinne* vollsouveräne Staaten solchen mit geminderter oder beschränkter Souveränität gegenüberstellen. Natürlich läßt sich auch ein Gebrauch des Wortes Souveränität denken, der es ermöglicht, von nichtsouveränen Staaten zu sprechen.

Gewöhnlich wird jedoch von Staaten mit beschränkter oder Halbsouveränität, oder von nichtsouveränen Staaten

nicht in diesem unschuldigen Sinne gesprochen, der ja bloß eine terminologische Abweichung von der hier ausgeführten Ansicht bedeutet, sondern in einem Sinne, dem eine irrtümliche Auffassung von Recht und Staat zugrunde liegt und der nachdrücklich zurückgewiesen werden muß.

Man pflegt nämlich die nach außen gekehrte, d. h. anderen Rechtsmächten (im übertragenen Sinne: anderen Staaten) gegenüber bestehende Unabhängigkeit, oder Nicht-Untergeordnetheit als „völkerrechtliche Souveränität", die nach innen, den Untertanen zugekehrte Seite der Rechtsmacht (bezw. des Staates) hingegen als die „staatsrechtliche Souveränität" zu bezeichnen, und weiterhin anzunehmen, daß es neben Rechtsmächten (bezw. Staaten), die beide *Arten* von Souveränität besitzen, auch solche geben könne, denen nur die nach innen gekehrte oder staatsrechtliche Souveränität zustünde, die nach außen gekehrte oder völkerrechtliche hingegen nicht. Man pflegt dementsprechend nunmehr auch in diesem Sinne des Wortes von nichtsouveränen Staaten, oder falls beide „Arten" von Souveränität zusammen als Vollsouveränität bezeichnet werden, von halbsouveränen Staaten zu sprechen.

Hier handelt es sich nicht mehr um bloß terminologische Abweichungen, sondern um einen argen Irrtum.

Daß sich die beiden Seiten der Rechtsmacht nicht dieser Art isolieren lassen, haben wir schon bei der Untersuchung dieses Begriffes gesehen. Was als völkerrechtliche und staatsrechtliche Souveränität bezeichnet wird, sind nicht zwei verschiedene Dinge, sondern nur zwei Seiten desselben Dinges. Ohne die völkerrechtliche Souveränität gibt es ebensowenig eine staatsrechtliche als umgekehrt. Wir haben bereits gefunden — und schon Austin hat es erkannt —, daß eine Macht, die regelmäßig einer anderen Gehorsam leistet, nicht eine Macht sein kann, der in demselben Sinne des Wortes regelmäßig Gehorsam geleistet würde. Dieser letztere Gehorsam würde dadurch zu einem mittelbaren gegenüber jener höhern Macht. Geht eine Rechtsmacht im Befolgen von Normen so weit, daß sie einer höheren rechtlich untergeordnet wird, so hört sie selbst auf eine Rechtsmacht zu sein und wird zu einem Mittelglied, durch dessen Vermittelung die Untergebenen

die Normen jener nunmehr höchsten (oder Rechtsmacht) befolgen. Eine Macht, die nach außen hin dermaßen abhängig ist, kann auch nach innen nicht die höchste bleiben. Die an sie gerichteten Rechtsnormen sind eine Grenze für die von ihr ausgehenden. Es kann also gar keine staatsrechtliche Souveränität ohne die völkerrechtliche geben. Jene reicht immer nur so weit wie diese. Mit der Unabhängigkeit nach außen hin verringert sich Schritt für Schritt die Eigenmächtigkeit nach innen hin: und ist von der einen gar nichts mehr vorhanden, so ist auch von der anderen nichts mehr übriggeblieben. Völkerrechtliche und staatsrechtliche Souveränität sind nur zwei Beziehungen jenes „gewöhnlichen Durchsetzens von Forderungen", das für den Begriff der Rechtsmacht grundlegend ist.

Da also eine Rechtsmacht (bezw. ein Staat) nicht nach innen zu souverän sein kann, wenn sie es nach außen hin nicht ist, kann es keinen nichtsouveränen Staat in diesem Sinne des Wortes geben. Eine nur staatsrechtliche Souveränität wäre überhaupt keine.[1])

Die Souveränität läßt sich ebensowenig in verschiedene Teile zerreißen, ohne dadurch überhaupt vernichtet zu werden, wie die Rechtsmacht selbst.

Der Begriff der Souveränität läßt also, wie der der Rechtsmacht, einen Spielraum über die Grenzen seines Minimums hinaus zu, aber er läßt sich nicht teilen. Bedeutet die Neutralisierung eines Staates eine Beschränkung, so ist sie nach innen hin geradeso eine Beschränkung wie nach außen. Was er anderen Staaten gegenüber nicht darf, das darf er auch seinen Untertanen nicht befehlen; was er hingegen muß, dementsprechend muß er auch nach innen befehlen.

Eine Geschichte der Literatur über den Souveränitätsbegriff würde uns vielmehr zur Geschichte einer Benennung, als zur Geschichte eines Begriffs führen. Es ist auch von keinem Interesse, was alles als Souveränität bezeichnet worden ist. Von Wichtigkeit ist bloß die Erkenntnis dessen, in welchem Sinne der Begriff einer höchsten Macht, er mag genannt werden wie immer, für den Begriff des Rechts und damit auch des

---

[1]) Vgl. Jellinek, *Lehre von den Staatenverbindungen,* S. 22/23.

Staates unentbehrlich ist, in welchem Sinne er demnach von jeder Rechts- und Staatslehre unbedingt vorausgesetzt werden muß.[1])

§ 90. Der Rechtsinhaltsbegriff der Souveränität.

Es steht der Möglichkeit wieder nichts im Wege, daß in einer gegebenen Rechtsordnung nicht die Machthaber als souveräne bezeichnet werden, die es im eben auseinandergesetzten Sinne des Wortes tatsächlich sind, sondern andere. Es können welche als souveräne oder höchste bezeichnet werden, die es nicht sind, und es können dem Rechtsinhalte nach nicht als solche bezeichnet sein, die es in der Tat sind. Da die tatsächlich souveränen Machthaber zusammen die Rechtsmacht ausmachen, besser gesagt, da sie eigentlich gar nicht für sich, sondern nur in ihrer Gesamtheit souverän sind, in dieser Gesamtheit aber mit unserem Begriffe der Rechtsmacht identisch sind, so kann der erwähnte Widerspruch auch derart zum Ausdruck gebracht werden, daß im Rechtsinhalte nicht die wirkliche Rechtsmacht als solche bezeichnet ist, d. h. daß sich die Rechtsmacht selbst in den von ihr gesetzten Normen nicht richtig bezeichnet. Die Ursachen einer solchen Verschiebung können wir außer acht lassen. Sie können sehr verschieden

---

[1]) Man braucht daher H. PREUSS nicht zu widersprechen, wenn er (*Gemeinde, Staat, Reich,* S. 92, 101) dafür hält, daß der Souveränitätsbegriff aus der Dogmatik des Staatsrechts auszumerzen sei, weil ihn jeder Autor anders auffaßt; aber man kann unmöglich den Begriff einer höchsten Macht oder der Rechtsmacht, man nenne sie, wie man wolle, fallen lassen, da man ohne ihn weder zum Begriff der Rechtsnorm noch zum Begriff des Staates gelangen kann. Für *diesen* Begriff gilt es natürlich nicht, was PREUSS (a. a. O., S. 92) über den Souveränitätsbegriff hervorhebt, daß er nämlich bloß „die theoretische Abstraktion aus einer einzelnen, historisch gewordenen und daher auch historisch wandelbaren Phase staatlicher Entwicklung“ sei; daß er „die Grundidee einer verflossenen Periode staatlicher Gestaltung“, „das tragende Prinzip des absoluten Staates“ sei (a. a. O., S. 93). Gibt ja doch auch PREUSS zu: „Der Souveränitätsbegriff, welchen BRIE, GIERKE u. a. m. aufstellen, ist mit dem modernen Rechtsstaat wie mit dem modernen Völkerrecht durchaus vereinbar; jedoch nur deshalb, weil er mit dem alten und eigentlichen Souveränitätsbegriff nicht das Wesen, sondern lediglich den Namen gemein hat“. (A. a. O., S. 104).

sein. Jedenfalls kann dem bisher dargelegten Seinsbegriff der tatsächlichen Souveränität ein rechtsinhaltlicher gegenübergestellt werden. Natürlich bedarf es kaum wieder einer besonderen Hervorhebung, daß der tatsächliche oder der Wesensbegriff der Souveränität ein unerläßlicher Voraussetzungsbegriff jeglicher Jurisprudenz ist und daher durch keinen wie immer gearteten, von ihm abweichenden juristischen oder Rechtsinhaltsbegriff berührt werden kann. Der Begriff der tatsächlichen Rechtsmacht und dementsprechend der tatsächlichen Souveränität kann nicht entbehrt werden. Stimmt der juristische Begriff der Souveränität mit dem faktischen überein, so liegt weiter kein Problem vor. Weicht dagegen der juristische vom faktischen ab, so entsteht nunmehr die Frage, welche Bedeutung in diesem Falle dem juristischen Souveränitätsbegriff zukommt.

Wir berühren damit wieder das überaus verschlungene und für das Verständnis des Staatsrechtes gar wichtige Verhältnis von Recht und Macht.

Es läßt sich auf die aufgeworfene Frage keine allgemeingültige Antwort geben, da der rechtsinhaltlichen Bezeichnung der Rechtsmacht und damit der Souveränität der davon abweichenden faktischen gegenüber in den verschiedenen Staatswesen die verschiedenste Bedeutung zukommen kann. Sie kann gänzlich unmaßgeblich geworden sein, und sie kann sogar eine gewisse Macht ausüben. Die Frage läßt sich nur auf dem Boden eines gegebenen Staatswesens behandeln, und es ist jedenfalls eine wichtige und schwierige Aufgabe jeder Staatsrechtslehre, das Verhältnis des tatsächlichen und des juristischen Rechtsmachtsbegriffes klarzulegen.

Die wirkliche Souveränität ist im Gegensatz zur rechtsinhaltlichen auch als *politische* bezeichnet worden. Dicey[1]) legt Nachdruck auf die Unterscheidung von Souveränität im politischen und im streng juristischen Sinne. Sein gegen Austin erhobener Vorwurf jedoch, daß dieser die beiden Begriffe verwechsle und häufig den juristischen meine, ohne es hervorzuheben, ist nicht gerechtfertigt. Austin spricht fort-

[1]) Dicey, *Introduction to the study of the Law of Constitution,* 5. Aufl., 1897, S. 69 ff.

während in aller wünschenswerten Klarheit von Souveränität im tatsächlichen (oder politischen) Sinne des Wortes. Souverän ist nach AUSTIN immer derjenige Machthaber (sei es ein Einzelner oder eine Mehrheit), dem der Gehorsam der Masse einer Gesellschaft in der Regel entgegengebracht wird.

DICEY mißversteht die Lehre AUSTINS von der Unmöglichkeit einer juristischen Bindung der Rechtsmacht, indem er annimmt, daß damit ein juristischer Begriff der Souveränität gesetzt sei und Souveränität „die juristisch unbegrenzte Macht zur Rechtssetzung" bedeute.[1]) Das zu behaupten kommt AUSTIN gar nicht in den Sinn. Er geht vielmehr immer vom Begriffe der tatsächlichen Souveränität aus und behauptet an der von DICEY herangezogenen Stelle bloß, daß aus *diesem* Begriffe der Souveränität die Unmöglichkeit der juristischen Gebundenheit der Rechtsmacht folge.

Was AUSTIN gegenüber allenfalls eingewendet werden kann, ist höchstens, daß er dem juristischen Begriffe der Souveränität überhaupt keine Beachtung schenkt und folglich auf die Machtwirkung, die in der einmal zustandegekommenen juristischen Feststellung liegt, nicht *besondere* und *ausdrückliche* Rücksicht nimmt, obwohl sie in seinem Souveränitätsbegriffe schließlich mitinbegriffen ist.

Auch J. BROWN[2]) mißversteht die Lehre AUSTINS, indem er sich den Ausführungen DICEYS anschließend AUSTIN gegenüber die Behauptung aufstellt, daß der Ausdruck Souverän in einem Werke über Jurisprudenz ohne nähere Kennzeichnung ausschließlich den Souverän im juristischen Sinne zu bezeichnen hätte. Es ist eines der hervorragendsten Verdienste AUSTINS, gerade an seinem Begriffe der Souveränität die Unumgänglichkeit nicht-technisch-juristischer Begriffe für die Jurisprudenz gezeigt zu haben. Die Möglichkeit dieses Mißverständnisses liefert aber wieder ein Zeugnis dafür, wie dringend notwendig es ist, den Voraussetzungsgesichtspunkt dem rechtsinhaltlichen einmal in aller Schärfe systematisch gegenüberzustellen.[3])

---

[1]) DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 5. Aufl., S. 69.

[2]) W. JETHRO BROWN, *The Austinian Theory of Law*, 1906, S. 115, Note.

[3]) Vgl. zur Geschichte und Dogmatik des Souveränitätsbegriffes die

§ 91. Der Grundbegriff der Staatenverbindungen.

Aus der Befolgung der Normen einer Rechtsmacht oder mehrerer Rechtsmächte (im übertragenen Sinne: mehrerer Staaten) durch eine Rechtsmacht oder durch mehrere Rechtsmächte entsteht eine neue Gesellschaft über den betreffenden staatlichen Gesellschaften: die Staatenverbindung. Wenn wir das Durchsetzen oder Verwirklichen von Normen *Macht* nennen, so entsteht durch jede Staatenverbindung eine neue Macht. Und da wir die Befolgung heteronomer Normen als Abhängigkeits- oder Subordinationsverhältnis bezeichnen können, so entsteht durch jede Staatenververbindung ein Verhältnis der Über- und Unterordnung, wie bei der Behandlung des Völkerrechts bereits näher ausgeführt worden ist. Wir wissen, daß auch eine Rechtsmacht im Verhältnis der Unterordnung stehen, d. h. auch an sie gerichtete heteronome Normen befolgen kann, ohne ihren Charakter einer Rechtsmacht zu verlieren, vorausgesetzt, daß durch ihre Normenbefolgung nicht eine neue Rechtsmacht geschaffen wird. Sie kann einer Macht untergeordnet sein, aber sie kann ihr nicht *rechtlich* untergeordnet sein.

---

ausgezeichneten Untersuchungen Jellineks, *Allgemeine Staatslehre,* 2. Aufl., S. 421—460; Rehm, *Allgemeine Staatslehre,* S. 40—61; Gierke, *Althusius,* S. 123—210; F. v. Bezold, *Die Lehre von der Volkssouveränität im Mittelalter,* in Sybels Historischer Zeitschr., XVIII, 1876, S. 313—367; Landmann, *Der Souveränitätsbegriff bei den französischen Theoretikern von Jean Bodin bis auf Jean Jacques Rousseau,* Leipzig 1896; Dock, *Der Souveränitätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich dem Großen,* Straßburg 1897; Haucke, *Bodin, Eine Studie über den Begriff der Souveränität,* 1894 (in Gierkes Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, H. 47), dazu Labands Besprechung im Arch. f. öff. Recht, X, S. 109 ff.; Dock, *Revolution und Restauration über die Souveränität,* 1900; Meriam, *History of Sovereignty since Rousseau,* New-York 1900; Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften,* 1899, S. 100—136; Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft,* 3. Abt., 1. Halbbd.. 1898; Borel, *Sur la souveraineté et l'état fédératif,* 1886; Laband, *Staatsrecht,* I⁴, S. 68 ff.; E. Hubrich, im *Handbuch der Politik,* I, S. 80/81; Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveränität,* 1906; G. Maggiore, *Saggi di filosofia giuridica,* 1914, und besonders die Ausführungen Austins, *Lectures,* I⁵, S. 252 ff.

Die Macht, der gegenüber eine Rechtsmacht in einem Verhältnisse der Unterordnung stehen kann, ohne diesen Charakter zu verlieren, kann sogar eine Rechtsmacht sein, nur darf sie es nicht in Hinblick auf die in Frage stehende Rechtsmacht sein. Wenn eine Rechtsmacht die von einer anderen bloß spärlich an sie gerichteten Normen befolgt, so werden diese dadurch natürlich noch nicht zu rechtlichen, daß sie von einer Macht stammen, der *in einem anderen Kreise* von Menschen ein Gehorsam entgegengebracht wird, welcher sie *dort* zu einer Rechtsmacht erhebt. Eine Macht kann also für einen bestimmten Kreis von Menschen als Rechtsmacht bestehen, und sie kann dabei allenfalls von einem anderen Kreis eine Befolgung ihrer Normen erfahren, durch die sie nach dieser Seite hin noch nicht zur Rechtsmacht wird.

Oder, wenn wir die Verhältnisse der Rechtsmacht einfach auf den Staat übertragen, können wir sagen: Ein Staat kann in einem Subordinations- oder Abhängigkeitsverhältnisse stehen, nur kann er nicht Teil eines anderen Staates sein. Er kann selbst zu einem anderen Staate in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen, ohne deshalb seinen Staatscharakter einzubüßen.[1]) Daß die Macht, von der er in einem Abhängigkeitsverhältnisse steht, nach anderer Seite hin einen Staat begründet, tut nichts zur Sache, wenn nur die Abhängigkeit des in Rede stehenden Gebildes keine staatsartige ist.[2])

---

[1]) Es ist nur die Folge eines unbrauchbaren Souveränitätsbegriffes, wenn Rehm (*Allgem. Staatslehre*, S. 116) behauptet: „Wenn zum Staatsbegriffe volle Souveränität gehört, kann es zwischen Staaten nur Verhältnisse der Gleichordnung und Abhängigkeitsverhältnisse nur *in* Staaten geben". — Hingegen richtig Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts*, S. 195: „Das Recht auf *Unabhängigkeit* kann nicht bestehen, da die Unabhängigkeit des Staates eine Negation des Völkerrechts bedeuten würde". „Unter dem Titel dieser sogen. Grundrechte kann daher nur eine Fülle von Ausnahmen, was einem Grundrecht gegenüber bereits eine contradictio in adjecto ist, aufgestellt werden". Vgl. auch Westlake, *International Law*, 1904, S. 310/11. 338.

[2]) Siehe die ausgezeichneten Ausführungen Austins, *Lectures*, I[5], S. 223: „A feeble state holds its indepence precariously or at the will of the powerful states to whose aggressions it is obnoxious. And since

Die Macht, von der eine Rechtsmacht abhängig sein kann, kann aber auch durch den Zusammenschluß mehrerer Rechtsmächte, deren eine sie selbst ist, gebildet sein. Auch in diesem Falle ist eine über ihr stehende höhere Macht da. Man darf nicht glauben, daß, weil sie selbst ein Teil jener Macht ist, diese ihr gegenüber keine *höhere* bedeuten könne, und die Normen dieser höheren Macht ihr gegenüber keine heteronomen wären. Am klarsten ersichtlich ist dieses Verhältnis, wenn die übergeordnete Macht bereits in der Übereinstimmung *eines Teiles* der untergeordneten Mächte besteht, wenn also innerhalb der neuen Gesellschaft die Majorität entscheidet. Ebenso verhält es sich aber, obgleich weniger durchsichtig, wenn die übergeordnete Macht nur durch den Zusammenschluß sämtlicher untergeordneten entsteht.

Natürlich darf jede dieser Mächte auch einer solchen höheren Macht gegenüber, von der sie selbst einen Teil bildet, nur in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen, wodurch keine Rechtsnormen hervorgebracht werden, um selbst noch als eine Rechtsmacht gelten zu können.

Es sind demgemäß unter den Staatenverbindungen solche, die ein *einseitiges Abhängigkeitsverhältnis* bedeuten (Protektorat,

it is obnoxious to their aggressions, it and the bulk of its subjects render obedience to commands which they occasionally express or intimate. Such, for instance, is the position of the saxon government and its subjects in respect of the conspiring sovereigns who form the Holy Alliance. But since the commands and the obedience are comparatively few and rare, they ar not sufficient to constitute the relation of sovereignty and subjection between the powerful states and the feeble state with it subjects. In spite of those commands, and in spite of that obedience, the feeble state is sovereign or independent. Or in spite of those commands, and in spite of that obedience, the feeble state and its subjects are an independent political society whereof the powerful states are not the sovereign portion. Although the powerful states are permanently *superior*, and although the feeble state is permanently *inferior*, there is neither a habit of command on the part of the former, nor a *habit* of obedience on the part of the latter". Und S. 229: „But in case the commands and submission were somewhat more numerous and frequent, we might find it impossible to determine certainly where the sovereignty resided: whether the Saxon governement were a governement supreme and independent; or were in a *habit* of obedience, and therefore in State of subjection, to the allied and conspiring monarchs".

Souzeränität), von solchen, durch die ein *gegenseitiges* Abhängigkeitsverhältnis von Rechtsmächten zustande kommt, zu unterscheiden.

Während die Staaten, die in einem einseitigen Abhängigkeitsverhältnisse stehen, einander über- und untergeordnet sind, sind die Staaten, die in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnisse stehen, einander nebengeordnet, stehen aber insgesamt in einem Subordinationsverhältnis der Macht gegenüber, die sie in ihrer Gesamtheit bedeuten.

Heteronome Normen des Handelns, die von Rechtsmächten anderen Rechtsmächten gegenüber befolgt werden, sind aber nichts anderes als Normen des sogen. Völkerrechts. Wir sind also durch die Staatenverbindungen wieder zum Völkerrecht gelangt. Alle Staatenverbindungen sind völkerrechtlicher Natur. Wir können folglich ihre Einteilung in völkerrechtliche und staatsrechtliche nicht zulassen. Ein staatsrechtliches Abhängigkeitsverhältnis bedeutet immer, daß der abhängige Teil kein Staat ist. Staatsrechtlich kann nur die von einer Rechtsmacht einer Nichtrechtsmacht gegenüber gesetzte Norm sein.

In der staatsrechtlichen Literatur wird nicht, wie hier, jede Gesellschaft als Staatenverbindung bezeichnet, die dadurch entsteht, daß eine Rechtsmacht oder mehrere zusammen Normen einer anderen oder mehrerer andern befolgen, sondern sie wird gewöhnlich zum Unterschied von den loseren Arten solcher Verbindungen nur zur Bezeichnung von gewissen festeren Verknüpfungen von Staaten gebraucht.

Zur richtigen Beleuchtung des Wesens der letztern ist es jedoch zweckmäßig, beide Arten unter den Oberbegriff von Staatenverbindungen zu bringen und zwischen Staatenverbindungen im weitern und im engern Sinne des Wortes zu unterscheiden.

Zu den Staatenverbindungen im weitern Sinne des Wortes gehört demnach jedes Verhältnis von Rechtsmächten, wodurch überhaupt eine (allgemeine oder partikulare) Völkerrechtsnorm entsteht. In diesem Sinne ist also sowohl die allgemeine Völkerrechtsgemeinschaft, wie auch jede engere eine Staatenverbindung. Sämtliche durch Einzelverträge oder

Vereinbarungen, z. B. durch Auslieferungs- oder durch Konsularverträge gebildeten Gemeinschaften, Staatenvereine, Allianzen, Schutz- und Trutzbündnisse gehören hierher. Dagegen werden als Staatenverbindungen im engern Sinne des Wortes solche festere Zusammenschlüsse, weitergehende Normbefolgungen von Rechtsmächten verstanden, die sich schon der Grenze des Begriffes der Staatenverbindungen nähern und schon jenem staatlichen Zusammenschlusse nahekommen, dessen Teile aufhören würden, selbst Staaten zu sein. Ja, die Bezeichnung Staatenverbindungen wird vielfach von Gebilden gebraucht, die diese Grenze bereits überschritten haben und dadurch zu *einem* Staate geworden sind, mithin aufgehört haben, Staatenverbindungen zu sein. Das größte Interesse der staatsrechtlichen Untersuchungen über Staatenverbindungen erwecken gerade diese Gebilde, die es gar nicht mehr sind.

Erinnern wir uns der Geändertheit des Rechtsbegriffes, so wird es zur Selbstverständlichkeit, daß es sich nicht jedesmal mit begrifflicher Schärfe wird feststellen lassen können, ob eine Verbindung von Staaten den Staatscharakter der Teile noch bestehen läßt und folglich den des Ganzen noch nicht hervorbringt, oder ob sie umgekehrt den Staatscharakter der vormaligen Staaten bereits vernichtet und diese nunmehr einem umfassenden Staatsgebilde unterstellt hat. Da die Entscheidung dieser Frage mit davon abhängt, wie weit die Normen der durch den Zusammenschluß gesetzten Macht reichen, so wird sich natürlich sehr leicht ein Übergangsgebiet ergeben, für das die Beantwortung unserer Frage schwankend sein muß. Jedoch gerade diese Schwankung zeigt den wahren Sinn des Streites darüber, ob irgend ein Gebilde ein Staat sei oder nicht.

§ 92. Der Rechtsinhaltsbegriff der Staatenverbindungen.

Eine weiterreichende Beschreibung und Gliederung der möglichen oder der tatsächlich vorgekommenen Arten von Staatenverbindungen gehört nicht mehr in den Rahmen unserer Untersuchung, sondern bildet eine Frage der vergleichenden oder irgend einer besonderen Staatsrechtslehre. Auch lassen sich solche Einteilungen schwer erschöpfen, da die wechselreiche

Entwicklung des staatlichen Lebens immer wieder neue Gebilde zum Vorschein zu bringen vermag, und die Aufgabe der Staatsrechtslehre kann es natürlich nicht sein, die Mannigfaltigkeit dieser Wirklichkeit in das Prokrustesbett vorgefaßter Unterscheidungen zu zwängen, sondern nur, durch eine Einteilung, die den zustandegekommenen Formen der Wirklichkeit fortwährend Rechnung trägt, zum bessern Verständnis dieser Wirklichkeit das ihrige beizutragen.[1])

Es ist in dieser Hinsicht zur Kennzeichnung einer verbreiteten Denkweise bezeichnend, was Earl of Cromer[2]) über das in bezug auf den Sudan zwischen der britischen und der ägyptischen Regierung durch ihn zustande gebrachte Übereinkommen erzählt: „Als dieses Abkommen veröffentlicht wurde, erregte es naturgemäß großes Aufsehen. Diplomaten, die an Konventionalitäten hingen, waren durch die Schaffung eines bisher dem europäischen Gesetze unbekannten politischen Zustandes verwirrt und vielleicht in gewissem Grade vor den Kopf gestoßen. Einer meiner auswärtigen Kollegen erklärte mir: er verstehe, was britisches Gebiet bedeute, und auch was ottomanisches Gebiet bedeute, daß er aber den Zustand des Sudans, der weder das eine noch das andere sei, nicht verstehen könne. Ich erwiderte ihm, der politische Zustand des Sudans sei der, wie er in dem Abkommen vom 19. Januar 1899 festgelegt sei, und daß ich ihm keine genauere oder epigrammatischere Erklärung geben könne."

---

[1]) In diesem Sinne sagt z. B. Haenel (*Staatsrecht,* I, S. 200): „Der Begriff der Bundesstaaten hat keinen Wert, wenn er nur aus einer logischen Übung in den denkbaren Kombinationen hervorgeht, die mehrere politische Gemeinwesen unter sich und etwa mit einem dritten Ganzen eingehen können . . ., (er) hat ausschließlich die wissenschaftliche Bedeutung, die wesentlichen Merkmale aufzuweisen und in einem Schlagworte zusammenzufassen, welche das *positive Recht* der drei Staatenverbindungen Nordamerikas, der Schweiz und Deutschlands als ihnen gemeinsam ergibt". Die hier gegenübergestellten Aufgaben stehen jedoch in gar keinem Widerspruch; denn die diesen drei Gemeinwesen gemeinsamen Merkmale müssen doch eine der logisch möglichen Verbindungen ausmachen, die mehrere Gemeinwesen eingehen können. Was den Aufgaben der Jurisprudenz widerspricht, ist nur eine Einteilung, die den tatsächlichen Merkmalen keine Rechnung trägt.

[2]) Earl of Cromer, *Das heutige Ägypten,* II, 1908, S. 111.

Mit anderen Worten, wir gewinnen durch solche Unterscheidungen von Staatenverbindungen Begriffe, die auf einen gegebenen Rechtsinhalt zurückgehen. Es sind Rechtsinhaltsbegriffe der Jurisprudenz, während unser Begriff der Staatenverbindungen ein juristischer Grundbegriff ist, der mit den Begriffen von Recht und Staat einhergeht. Wer den Rechtsbegriff erklären will, muß notwendigerweise dazu gelangen, daß gewisse Normbefolgungen oder Abhängigkeitsverhältnisse der Rechtsmächte noch nicht rechtlicher Natur sind. Der Begriff der überstaatlichen Norm erwies sich uns als zur Begrenzung des Rechtsbegriffes notwendig. Damit ist aber unser Begriff der Staatenverbindung mitgesetzt. Es ist ein Begriff, den eine Rechts- und Staatslehre niemals entbehren kann, und der ganz unabhängig von der Frage ist, welche besonderen Formen solcher Verbindungen möglich sind oder, was dasselbe bedeutet, welchen diesbezüglichen Inhalt die überstaatlichen Normen haben können. (Eigentlich entsteht durch solche Normen gar kein *Rechts*inhaltsbegriff, sondern ein *Völkerrechts*begriff der Staatenverbindungen.)

Freilich ist es auch möglich, daß irgend eine Rechtsnorm etwas als Staatenverbindung bezeichnet, was nach unserem Grundbegriffe keine ist. Es werden z. B. häufig bestimmte Staatsbildungen, durch die über einstige Staaten eine Rechtsmacht gesetzt ist, auch weiterhin als *Staaten*verbindungen bezeichnet. Es entsteht dadurch nunmehr ein Rechtsinhaltsbegriff der Staatenverbindungen. Es wird damit etwas als Staatenverbindung bezeichnet, was im grundbegrifflichen Sinne gar keine ist. Das ändert aber an unserem Grundbegriffe nichts; er bleibt für die Jurisprudenz nichtsdestoweniger unentbehrlich, wie ja auch der Grundbegriff des Staates nicht durch einen davon abweichenden rechtsinhaltlichen berührt oder entbehrlich gemacht wird. Gerade so, wie eine rechtsinhaltliche Rechtsdefinition für den Begriff des Rechts ganz unerheblich sein müßte, muß es auch jeder Rechtsinhaltsbegriff sein, der eine verhüllte Rechtsdefinition enthält, wie der Begriff des Staates und damit auch der der Staatenbindungen.[1])

[1]) Entgegengesetzter Meinung ist u. a. Rehm, indem er (*Allgemeine Staatslehre*, S. 110) für seine Auffassung des Bundesstaates geltend macht,

Es geht aus dem Gesagten auch hervor, daß eine Lehre von den Staatenverbindungen den Grundbegriff des Staates und somit auch die Grundbegriffe der Souveränität und des Rechts zur Voraussetzung hat. Nur dadurch ist eine einheitliche Lehre möglich. Denn wenn wir diese Grundbegriffe nicht voraussetzten, so wäre nur eine Lehre von irgend welchen Erscheinungen möglich, die in verschiedenen Rechtssystemen Staatenverbindungen *genannt* werden. (Es kann in diesem Sinne nach deutschem Staatsrecht ein Gebilde eine Staatenverbindung sein, das nach ungarischem Staatsrecht keine ist, und umgekehrt. Darum handelt es sich natürlich für uns nicht, und auch nicht etwa um die Eigenschaften, die derartigen juristischen Definitionen von Staatenverbindungen gemeinsam sind.) Nur auf der Basis des Grundbegriffs Staat ist überhaupt eine Staatslehre möglich. Nur auf dieser Grundlage läßt sich irgend ein Rechtsinhaltsbegriff der Staatenverbindungen dadurch beleuchten, daß er zu diesen jedem Rechtsinhaltsbegriffe zugrunde liegenden Wesenheiten in Verhältnis gebracht wird. Der legitime Gehalt eines solchen juristischen Inhaltsbegriffs erleidet dadurch nicht die mindeste Beeinträchtigung, er gewinnt bloß durch jene festen Punkte eine Orientierung, ohne die die Verwirrung unausbleiblich ist.[1])

Während die „Geändertheit" des Rechtsbegriffs auch die des Voraussetzungsbegriffs der Staatenverbindungen unausweichlich mit sich bringt, gilt für einen Rechtsinhaltsbegriff

---

die deutsche Staatsgesetzgebung habe erst in allerjüngster Zeit wieder den Staatscharakter des Deutschen Reiches wie der deutschen Einzelstaaten anerkannt. Damit ist aber nur ein Rechtsinhaltsbegriff geschaffen, um den es sich bei der Frage, was ein Bundesstaat sei, gar nicht handelt. Eine Staatsgesetzgebung vermag wohl vieles, aber machen, daß etwas, was kein Staat ist, tatsächlich einer sei, das vermag sie nicht.

[1]) Der Gegensatz zwischen Grundbegriff und Rechtsinhaltsbegriff der Staatenverbindungen deckt sich nicht mit dem Jellinekschen Gegensatz der politischen und juristischen Anschauungsweise (*Allgem. Staatslehre,* 2. Aufl., S. 726). Vgl. auch Rehm, *Allgem. Staatslehre,* S. 104 bis 107. Unter den politischen Abhängigkeiten Jellineks sind wohl ebenfalls tatsächliche Machtverhältnisse zu verstehen, jedoch so schwankende und fließende, daß sie vom Gesichtspunkte unseres Rechtsbegriffes aus nicht in Betracht kommen können.

das Entgegengesetzte: für ihn, als einen willkürlich gesetzten Begriff, besteht die Möglichkeit, seine Grenzen haarscharf zu ziehen.

Nimmt man aber von juristischen, also rechtsinhaltlichen Gegebenheiten seinen Ausgangspunkt, so braucht man ihnen weiter keine dogmatischen Mäntelchen umzuhängen. Wenn Preuss einfach bekennt, es handle sich für die Konstruktion des deutschen Staatswesens „doch eben um die Gewinnung eines prinzipiellen Gesichtspunktes, unter welchem die Gliedstaaten, trotzdem sie unzweifelhaft nicht die höchsten Gemeinwesen dieses Rechtskreises sind, dennoch sich als Staaten charakterisieren“,[1] so ist damit die Lösung der Frage bereits vorweggenommen.

§ 93. Der zusammengesetzte Staat.

Sobald eine Staatenverbindung den Punkt erreicht hat, an dem sie selbst zu einem Staate wird, hören die Teile auf, Staaten zu sein. Ob die Verbindung selbst bereits Staat ist, oder ob sie es noch nicht ist, ist eine Tatsachenfrage, die in jedem Falle besonders nach der Maßgabe des Staatsbegriffs zu entscheiden ist. Was aber immer feststeht, ist, daß es keinen Staat über Staaten geben kann.

Auch die Frage, wie eine solche Wandlung in einem gegebenen Falle vor sich gegangen ist, ob sie mit Zustimmung der einstigen Staaten zustande gekommen ist, oder ob sie ihnen gegen ihren Willen aufgedrungen worden ist, bleibt für das schließliche Ergebnis unmaßgeblich.

Einen Staat, der aus einem Zusammenschluß *einstiger* Staaten hervorgegangen ist, pflegt man, falls diese eine weitreichende Autonomie behalten haben, als zusammengesetzten Staat zu bezeichnen. Dieser Ausdruck kann also nur eine besondere Art der staatlichen Gliederung bedeuten.

Ein solcher zusammengesetzter Staat ist keineswegs aus Staaten, sondern nur aus Teilen mit weitreichender Autonomie zusammengesetzt, die gewöhnlich einst Staaten waren. Daß der zusammengesetzte Staat in der Literatur häufig als ein

---

[1] *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, 1889, S. 175/76.

aus Staaten zusammengesetzter Staat und folglich als Staatenverbindung bezeichnet wird, mag aus historischen, konventionalen, politischen oder juristischen Gründen (Sprachgebrauch des Gesetzgebers) verständlich sein, bleibt aber nichtsdestoweniger unhaltbar.[1])

Der Begriff der Staatenverbindungen hat demnach seinen Spielraum zwischen dem Begriff unverbunden nebeneinander stehender Staaten — die also keine gemeinsamen Normen befolgen — und dem des zusammengesetzten Staats, in dem die Normbefolgung der Teile bereits zu einer rechtlichen gefestigt ist, mithin die verbundenen Glieder nicht mehr Staaten, sondern bloß mit weitreichender Autonomie ausgestattete Staatsteile sind — kurz: zwischen dem einfachen und dem zusammengesetzten Staate.

Die hier hervorgehobenen Begriffe: einfacher Staat — Staatenverbindung — zusammengesetzter Staat, müssen von jeder Jurisprudenz — wenn sie sich nicht in fortwährende Widersprüche verwickeln will, in der hier ausgeführten Bedeutung klar auseinandergehalten werden. Benannt werden mögen sie wie immer; eine begriffliche Abweichung ist jedoch unzulässig. Natürlich wird eine Terminologie, die diese Begriffsgrenzen nicht klar beleuchtet, nicht zu empfehlen sein.

Die umfangreiche Literatur der Staatenverbindungen dreht sich immer um den Staatsbegriff: will man die Arten der Verbindungen von irgend etwas beschreiben, so muß man vor

---

[1]) Vgl. auch Bornhak, *Allgem. Staatslehre,* S. 258: „Der Begriff des Staates wie der staatlichen Souveränität ist überhaupt entwickelt worden aus dem Einheitsstaate, der die gesamte Fülle der staatlichen Herrschaftsgewalt in sich vereinigt. Ist diese im Bundesstaate unter zwei verschiedene staatliche Rechtssubjekte gespalten, so machen eben erst beide in ihrer Vereinigung den Staat an sich aus. Man kann daher auch weder dem Bundesstaate noch dem Einzelstaate allein die Souveränität beilegen. Die dem Staate wesentliche Unabhängigkeit von jeder höhern Gewalt haben erst beide gemeinsam. Es gibt daher weder eine geteilte Souveränität noch nicht souveräne Staaten, da solche keine Staaten mehr sein würden. Wohl aber ist eine solche Spaltung der Staatsgewalt unter verschiedene Träger möglich, die man beide als Staaten bezeichnet, die aber erst in ihrer Verbindung der Staat an sich und damit Inhaber der staatlichen Souveränität sind".

allem einen festen Begriff dieses Etwas zugrunde legen. Da dies nun häufig versäumt wird, konstruieren die verschiedenen Theorien ebenso häufig aneinander vorbei.[1])

Daß die Teile eines zusammengesetzten Staates, die einst selbst Staaten waren und innerhalb des zusammengesetzten Staates eine weitgehende Autonomie behalten haben, und denen auch viele Äußerlichkeiten zustehen, die wir heutzutage sonst bloß bei Staaten vorzufinden gewöhnt sind (die jedoch keine Begriffsmerkmale des Staates abgeben —, wie Herrschertitel, Erblichkeit der Thronfolgeordnung, Hofstaat usw., so hartnäckig weiter als Staaten bezeichnet werden, ist aus historischen Gefühls- und politischen Zweckmäßigkeitsrücksichten verständlich. Wahrscheinlich ist in diesen Umständen auch der Grund der Theorien des Bundesstaates zu suchen, die vom Staatscharakter seiner Glieder nicht lassen wollen; ohne diese — für die Wissenschaft: äußerlichen — Gründe würde es wohl gar niemand eingefallen sein, die Teile eine Staates wieder Staaten zu nennen.[2])

Gierke[3]) rügt es, daß die neuesten Staatsrechtstheoretiker es fertig bringen, „bald dem Deutschen Reich, bald dem deutschen Einzelstaat die besondere Existenz als Staat abzusprechen, lediglich weil ihr vorgefaßter Staatsbegriff die Möglichkeit einer Teilung der Staatsgewalt unter mehrere Staatssubjekte ausschließt“. Es ließe sich dagegen mit mehr Recht einwenden, daß es Staatsrechtstheoretiker zuwege

---

[1]) Vgl. Rehm, *Allgemeine Staatslehre,* S. 119, 121, 124/25.

[2]) Austin *(Lectures,* I[5], S. 257) gibt hierfür die Ursache an, daß „in a political society styled a composite state, the sovereignty is so shared by various individuals or bodies, that the *one* sovereign body whereof they are the constituent members, is not conspicuous and easily perceived“. J. Brown *(The Austinian Theory,* S. 141) findet diesen Standpunkt ungeschichtlich und meint dagegen, die Staaten seien nicht Kreaturen der Logik, sondern der Geschichte. Das ist allerdings richtig; die Gemeinwesen, die es einzuteilen gilt, sind nicht Kreaturen der Logik, sondern der Geschichte, aber ihre Einteilung und die hierzu verwendeten Bezeichnungen brauchen nicht gerade Ergebnisse der Geschichte, müssen aber, wenn sie wissenschaftlichen Wert haben sollen, Ergebnisse der Logik sein.

[3]) O. Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts,* Tübingen 1874, S. 6.

bringen, so verschiedene Wesenheiten wie das Deutsche Reich und den deutschen Gliedstaat als Staat zu bezeichnen, lediglich weil die Sprache des Alltags oder die des Gesetzgebers beide so nennt.[1])

§ 94. Die rechtliche Gebundenheit der Rechtsmacht. „Staatsunrecht".

Daß eine Rechtsmacht einer anderen Macht wohl untergeordnet, jedoch nicht rechtlich untergeordnet sein kann, wissen wir bereits. Die Rechtsmacht (oder in uneigentlichem Sinne der Staat) kann also niemals durch eine andere Rechtsmacht (oder durch einen anderen Staat) rechtlich verpflichtet oder gebunden werden.

Kann jedoch eine Rechtsmacht durch Normen, die sie selbst gesetzt hat, rechtlich gebunden werden? Wir haben bereits

---

[1]) Vgl. zur Literatur über die Staatenverbindungen: Austin, *Lectures on Jurisprudence*, I[5], S. 257—263; Seydel, *Die neueste Gestaltung des Bundesstaatsbegriffes*, in Hirths Annalen, 1876, S. 641 ff.; Seydel, *Der Bundesstaatsbegriff*, Tübinger Zeitschrift, 1872, S. 185 ff.; Seydel, *Bayerisches Staatsrecht*, I, S. 508 ff.; G. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, S. 13 ff.; Hänel, *Zur Kritik der Begriffsbestimmung des Bundesstaates*, in Hirths Annalen, 1877, S. 78 ff.; Jellinek, *Lehre von den Staatenverbindungen*, 1882; Gierke, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, Schmollers Jahrbuch, Bd. VII, 1883, S. 1097 ff.; Gierke, *Johannes Althusius*, 1880; Zorn, *Staatsrecht des deutschen Reichs*, I, S. 4; Zorn, *Neue Beiträge zur Lehre vom Bundesstaat*, in Hirths Annalen 1884, S. 425 ff.; Rosin, *Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung* in Hirths Annalen 1883, S. 265 ff.; Mejer, *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, 2. Aufl., 1884, S. 21 ff. u. 292 ff.; Brie, *Der Bundesstaat*, 1874; Brie, *Theorie der Staatsverbindungen*, 1886 (Festschr. zum Jubil. der Univ. Heidelberg); E. Borel, *Étude sur la souveraineté et l'état fédératif*, 1886; Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, 1889; Lingg, *Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre*, 1890; Hänel, *Staatsrecht*, I, S. 192 ff.; Westerkamp, *Staatenbund und Bundesstaat*, 1892; Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1896, II, S. 453 ff.; Rehm, *Allgem. Staatslehre*, 1899, S. 40 ff.; v. Stengel, *Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, S. 1132 ff.; Laband, im Arch. f. öff. Recht, Bd. 2, S. 315 ff.; v. Mohl, *Reichsstaatsrecht*, S. 28 ff.; H. Schulze, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, I, S. 42; Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, I[4], S. 51 ff.; Tezner, in Grünhuts Zeitschr., XXI, 1893, S. 216 ff.; E. Hubrich, im *Handbuch der Politik*, I, S. 82—86.

gefunden, daß die Rechtsnormen von zweierlei Art sein können: sie können für das Verhalten der Untergebenen und für das der Rechtsmacht selbst gelten; mit anderen Worten, sie können Befehlsnormen oder Versprechensnormen sein. Durch Befehlsnormen kann die Rechtsmacht selbst niemals verpflichtet sein; die Bedeutung des Befehles geht ja darauf hin, daß ein anderer, nicht der Befehlende selbst, ein bestimmtes Verhalten bekunde.

Die Versprechensnorm dagegen geht darauf aus, daß sich der Urheber der Norm, in unserem Falle also die Rechtsmacht selbst verpflichte. Die einfache Lösung der vielerörterten Frage, ob und wie es möglich sei, daß sich die Rechtsmacht (oder wie man kurzweg zu sagen pflegt: der Staat) rechtlich binde, ist dadurch gegeben, daß sich die Rechtsmacht durch eine Versprechensnorm *ihren Untergebenen gegenüber* rechtlich binden kann. Da wir die Normen, die sie an ihre Untergebenen richtet, Rechtsnormen nennen, so sind, wie wir gefunden haben, auch die Normen, die sie in bezug auf ihr eigenes Verhalten ihren Untergebenen kundgibt, Rechtsnormen.[1]) Es ist dabei darauf zu achten, daß es eben Normen sein müssen, die an die Untergebenen gerichtet sind, denn eine Norm, die zu befolgen sich irgend eine Rechtsmacht, z. B. ein absoluter Alleinherrscher, vornähme, ohne es *seinen Untergebenen* zu versprechen, wäre keine Rechtsnorm. Es wäre ein bloßer Vorsatz; die Rechtsnormen bestehen aber, wie wir gefunden haben, niemals aus Vorsätzen, sondern nur aus Befehlen oder Versprechen.

Auch noch in einer anderen Hinsicht ist diese aus unserem Rechtsbegriff fließende Beschränkung, daß eine die Rechtsmacht selbst bindende Rechtsnorm ein *an die Untergebenen* gerichtetes Versprechen sein muß, von Wichtigkeit. Es begründen nämlich die von Rechtsmächten an *Nicht-Untergebene* gerichteten Versprechen ebensowenig Rechtsnormen wie ihre an Nicht-Untergebene gerichteten Befehle. Die von einer

---

[1]) Diese Begründung der rechtlichen Gebundenheit der Staatsgewalt hat mit nur scheinbar ähnlichen „privatrechtlichen Staatsauffassungen“ (vgl. Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatsverträge,* 1880, S. 13). nichts zu tun.

Rechtsmacht einer anderen gegebenen Versprechen sind keine rechtlichen und begründen kein Recht. Die Normsetzung irgend einer Macht ist nur für den Kreis von Menschen eine rechtliche, für den sie eine Rechtsmacht bedeutet. Daraus geht aber hervor, daß wohl ein von einer Rechtsmacht ihren Untergebenen, nicht aber auch ein von derselben Rechtsmacht einer anderen geleistetes Versprechen ein rechtliches ist.

Die Rechtsmacht kann also rechtlich gebunden sein, und zwar durch Versprechensnormen, aber nur ihren Untergebenen gegenüber.

Die Lösung der Frage ist einfach, wenn wir einmal zu dem Begriff einer Versprechens-Rechtsnorm gelangt sind; sie ist hingegen schwer, wenn sie von der Imperativtheorie aus versucht wird. Von diesem Ausgangspunkte aus ist es verständlich, wenn Jellinek das Problem der rechtlichen Gebundenheit des Staates wiederholt „als eines der schwierigsten Probleme der gesamten Staatslehre" bezeichnet hat.[1]) Auf Grund der Imperativtheorie ist es nicht nur ein schwieriges, sondern geradezu ein unlösbares Problem;[2]) denn es ist geradezu unverständlich, wie jemand durch seine Befehle selbst gebunden sein sollte. Ein Befehl bedeutet eine Willensäußerung mit dem Geltungsanspruch der Bindung fremder Willen. Dadurch, daß ich einen solchen Willen äußere, sollte ich nun auf einmal selbst gebunden sein?

Anderseits ist aber die Tatsache, daß die Rechtsmacht selbst gebunden sein kann, zu sehr in die Augen springend,[3]) als daß man sich bei einer Theorie, die sie einfach in Abrede stellt, auf die Dauer hätte beruhigen können. Die Tatsache selbst steht also fest, mit der so ziemlich allgemein befolgten Imperativtheorie steht sie aber in Widerspruch: daher die

---

[1]) *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 357 Anm. 2, S. 462.

[2]) Daß der angeblichen Unbegreiflichkeit der Tatsache, daß der Staat sich selbst bindet, vielfach die Verwechslung von Befehl und Bestimmung zugrunde liegt — ist bereits von A. Reinach (*Die apriorischen Grundlagen* in Husserls Jahrbuch. Bd. I, 1913, S. 807, Anm. 1) erkannt worden. Ein näheres Eingehen auf die damit berührte Frage lag nicht in der Richtung der Reinachschen Untersuchungen.

[3]) Vgl. Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatsverträge*, 1880, S. 18 ff.

Schwierigkeit der Lösung; diese steckt also bloß in der Imperativtheorie.

Es ist demnach ein Irrtum, wenn HOBBES die Unmöglichkeit der Bindung der Rechtsmacht durch ihr Recht damit bewiesen zu haben glaubt, daß sich niemand sich selbst gegenüber verpflichten könne. Ganz abgesehen davon, daß man auch sich selbst Normen setzen kann, verpflichtet sich die Rechtsmacht nicht nur sich selbst, sondern auch ihren Untertanen gegenüber. Ebenso unrichtig ist es, wenn HOBBES diese Unmöglichkeit darauf zu gründen versucht, daß sich die Rechtsmacht durch entgegengesetztes Recht von ihrer Gebundenheit zu befreien vermag, und daß, wer das vermag, eben nicht gebunden sei.[1]) Auch ein Versprechen bis auf Widerruf ist ein Versprechen und bedeutet eine Bindung des Versprechenden. Wenn er auch das gegebene Versprechen jederzeit aufzuheben befugt ist, ist er doch immerhin gebunden, bevor er es aufgehoben hat. Wenn ich jemand einen Durchgang über meinen Grund bis auf Widerruf gestatte, so kann ich diese Erlaubnis wohl jederzeit aufheben, ich kann mich aber nicht für eine Zeit vor dem Widerruf durch den Durchgang verletzt fühlen.

[1]) HOBBES, *Elementa philosophica de cive,* cap. VI, Art. XIV: „Neque sibi dare aliquid quisquam potest, quia iam habere supponitur, quod dare sibi potest; neque sibi obligari. Nam cum idem esset obligatus et obligans, obligans autem obligatum possit liberare, frustra esset sibi obligari, quia liberare se ipsum potest arbitratu suo; et qui hoc potest, jam actu liber est. Ex quo constat, legibus civilibus non teneri ipsam civitatem. Nam leges civiles sunt leges civitatis; quibus si obligaretur, ipsa obligaretur sibi". Und ibid., cap. XII, Art. IV: „Patet, civitatem suis ipsius legibus non teneri, quia nemo obligatur sibi. Ponuntur autem leges *Titio* et *Caio,* non civitati". Siehe auch HOBBES, *Leviathan,* Part. 2' chap. 26: „The Soveraign of a Commonwealth, be it an Assembly, ore one Man, is not Subject to the Civill Lawes. For having power to make and repeale Law, he may, when he pleaseth, free himself from that subjection, by repealing those Lawes that trouble him, and making of new; and consequently he was free befor. For he is free, that can be free when he will: Nor is it possible for any person to be bound to himselfe; because he that can bind, can release; and therefore he that is bound to himeselfe onely, it not bound". — Über ähnliche Auffassungen bei BODIN, PUFENDORF, ACHENWALL, HÖPFNER, ROUSSEAU vgl. JELLINEK, *Die rechtliche Natur der Staatsverträge,* 1880, S. 10—12. und Anm. 16.

Der Hobbessche Gedankengang kehrt häufig wieder. So z. B. bei Hold v. Ferneck,[1]) nach dessen Dafürhalten „der Gesetzgeber als Einheit gedacht" nicht an die Formvorschriften über die Bildung eines neuen Gesetzes gebunden wäre. „Denn er ist nur dem neu zu erlassenden Gesetze zugewendet und kann ja die Formvorschrift jederzeit abändern." Oder Duguit, der[2]) schlankweg behauptet: „Une limitation voulue n'est pas une limitation pour celui qui la veul".

Von hier aus bietet sich ein guter Einblick in die Bedeutung des Grundsatzes, daß den Rechtsnormen keine rückwirkende Kraft zustehe. Es kommt immer darauf an, ob eine Versprechensnorm vorliegt, keine Rechtsnormen mit rückwirkender Kraft zu setzen. In diesem Falle ist ein Gesetz mit Rückwirkungskraft zwar nichtdestoweniger gültig, jedoch eine Verletzung dieser Versprechensnorm. Ob eine solche vorliegt, ist immer nur eine von Fall zu Fall lösbare Frage. So ist es z. B. fraglich, ob hinter unseren Strafgesetzen ein dahingehendes Versprechen anzunehmen sei, daß jeder Fall nur nach den eben bestehenden Gesetzen, nicht aber nach etwa rückwirkenden zukünftigen beurteilt werden wird.[3])

Es kann somit bloß ein Rechtsinhaltsprinzip sein, das die rückwirkende Kraft von Rechtsnormen ausschließt, nicht ein Voraussetzungsprinzip. Daß die rückwirkende Kraft der Rechtsnormen auch von einem ethischen Gesichtspunkte aus untersucht werden kann, ist wiederum eine andere Frage, die überhaupt nicht in diesen Zusammenhang gehört, sondern die Richtigkeit eines Rechts angeht. Sie geht also nicht darauf aus, ob eine Rechtsnorm rückwirken kann, sondern darauf, ob es richtig ist, eine Rechtsnorm mit dieser Wirkung zu versehen.[4])

---

[1]) Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit,* I, S. 272; vgl. hierüber auch Bruno Schmidt, *Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens,* 1899, S. 4—14.

[2]) Duguit, *L'état, le droit objectiv et la loi positive,* 1901, S. 122.

[3]) Daß eine Rechtsnorm diese Kraft tatsächlich haben kann, ist ja zweifellos. Vgl. z. B. § 25 des ungarischen Gesetzes XIX: 1915 über Armeelieferungen.

[4]) Nur von diesem Gesichtspunkte gilt die gewöhnliche Ansicht, welcher Baco *(De dignitate et augmentis scientiarum,* lib. VIII, lit. I, aph. 47) die Form verleiht: Neque enim placet Janus in legibus. — Ob

Es ist ferner auch darauf zu achten, daß die Rechtsmacht rechtlich gebunden sein kann, daß es aber nicht zu ihrem Begriffe gehört, rechtlich gebunden zu sein, daß sie also nicht unbedingt rechtlich gebunden sein muß. Es ist daher nicht richtig, wenn Jellinek [1]) behauptet, von der befriedigenden Antwort auf unsere Frage hänge die Möglichkeit alles öffentlichen Rechts und damit alles Rechts überhaupt ab. Nicht alles Recht oder alles öffentliche Recht, sondern nur alles subjektive öffentliche Recht ist davon abhängig. [2]) Recht ist auch ohne Versprechensnormen möglich. es kann bloß aus Befehlsnormen bestehen und somit ohne daß die Rechtsmacht daran gebunden wäre. Jellinek widerspricht sich auch sofort selbst, wenn er auf der nächsten Seite[3]) sagt, die Auffassung, daß die Rechtsmacht selbst nicht an ihr Recht gebunden sei, „kann folgerichtig nur auf dem Boden einer starr theokratischen Rechtsordnung durchgeführt werden". Wenn es auch nicht notwendig ist, daß es gerade eine theokratische sei, so ist damit immerhin zugegeben, daß es eine „Rechtsordnung" geben kann, ohne daß die rechtsetzende Macht an sie gebunden wäre.[4])

---

eine Handlung schon vor dem neuen Gesetze strafbar war und sich nur das Strafmaß durch das neue Gesetz geändert hat oder ob die Handlung überhaupt erst durch das neue Gesetz zum Verbrechen gestempelt worden ist, macht höchstens vom Richtigkeitsgesichtspunkt aus einen Unterschied. Vgl. darüber Binding, *Normen,* I², S. 167—184. Vgl. auch die Ausführungen und die Literaturangaben bei Gierke, *Deutsches Privatrecht,* I, 1895, §§ 23, 24; Fleiner, *Institutionen des Verwaltungsrechts,* 1911, S. 80. — In einzelnen Staaten, wie in den Vereinigten Staaten von Amerika und in Norwegen, sind Gesetze mit rückwirkender Kraft durch die Verfassung verboten. Fleischmann, im *Handbuch der Politik,* I, S. 280; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* S. 361.

[1]) Jellinek, *Allgem. Staatslehre,* 2. Aufl., S. 358.

[2]) Vgl. unten §§ 126 u. 138.

[3]) S. 359.

[4]) Es ist auch nicht richtig, daß jedes Gesetz eine Selbstbeschränkung der Staatsgewalt bedeute, weil ein bestimmter Willensinhalt für die Dauer des Wollens jeden anderen ausschließe. (Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatsverträge,* S. 26/27). Daß es sich in den diesbezüglichen Ausführungen Jellineks nicht um Eigenschaften von Recht und Staat schlechthin handelt, gelangt auch hier (S. 27/28) wieder, allerdings ohne festgehalten zu werden, zum Durchbruch.

Es ist daher sowohl die rechtliche Gebundenheit, wie die Ungebundenheit „des Staates“ möglich, denn es *kann* Versprechensnormen geben, es *muß* aber keine geben. Allerdings bildet die Gebundenheit der Rechtsmacht einen so wichtigen Bestandteil unserer heutigen Rechtssysteme, daß es uns schwer fällt, einen anderen Zustand noch als einen rechtlichen zu bezeichnen, und daß daher die Geneigtheit nicht unverständlich ist, diese Gebundenheit der Rechtsmacht an die von ihr gesetzten Normen in den Rechtsbegriff aufzunehmen.

Von hier aus wird nunmehr die bereits behandelte Auffassung Stammlers verständlicher, wonach sich Recht und Willkür derart gegenüberständen, daß nur die Normen Recht genannt werden könnten, an die sich die normsetzende Macht auch selbst gebunden erachtet. Es ist damit bloß eine entwickelte Rechtsauffassung, besser gesagt ein Recht eines besonderen Inhalts, ein mit Versprechensnormen durchsetztes Recht getroffen. Von diesem Gesichtspunkte aus lassen sich auch zwei verschiedene Begriffe von Willkür erkennen. In dem einen Sinne bedeutet nämlich Willkür die Verletzung einer Versprechensnorm durch die rechtsetzende Macht. Die rechtsetzende Macht kann ja überhaupt gar keine anderen *Rechts*normen verletzen als Versprechensnormen: eine Norm kann nur derjenige verletzen, der an sie gebunden ist. Durch eine Befehlsnorm an sich ist aber die rechtsetzende Macht noch nicht gebunden; ein Befehl ist immer nur an andere gerichtet; der Befehlende selbst kann folglich seinen Befehl nicht verletzen. Den Befehl: „bring mir ein Glas Wasser“ kann nur der verletzen, an den ich ihn gerichtet habe, nicht aber ich selbst. In einem Rechtssystem, das aus bloßen Befehlsnormen bestände, wäre also gar keine Möglichkeit einer Willkür in diesem Sinne gegeben. Es ist der juristische Begriff von Willkür. In einem andern Sinne des Wortes bedeutet Willkür gerade eine Rechtsordnung, worin es keine Versprechensnormen, sondern nur Befehlsnormen gibt; wonach also die Rechtsmacht selbst nicht rechtlich gebunden ist. In diesem Sinne nennen wir den äußersten Absolutismus eine Willkürherrschaft, und in diesem ethischen Sinne des Wortes spricht auch Stammler von Willkür.

Durch den allgemeinen Versprechenssatz, daß die Rechtsmacht alle ihre Befehle gleichmäßig durchführen werde, entsteht ein Rechtssystem eines besondern Inhaltes und von einer besondern Bedeutung. Erst durch diesen allgemeinen Zusatz ist die Rechtsmacht an sämtliche von ihr erlassenen Rechtsnormen gebunden, denn hinter jedem Befehl steckt nunmehr der Versprechenszusatz, ihn durchzuführen. Hinter demBefehl, daß X so und so viel Steuern zu zahlen habe, auch das Versprechen, diesen Befehl nach Möglichkeit zu verwirklichen. Oder wie Jellinek es ausdrückt: „Es liegt nun in jedem Rechtssatz zugleich die Zusicherung an die Rechtsuntertanen verborgen, daß er für die Dauer seiner Geltung auch den Staat selbst verpflichte". „Alle Normen begründen die Erwartung, daß sie, solange nicht ein rechtmäßiger Aufhebungsgrund vorliegt, unverbrüchlich werden gehandhabt werden." [1]) Nur in diesem Sinne, also nur für unsern modernen Staat, läßt sich die Behauptung aufstellen: „Der Staat verpflichtet sich im Akte der Rechtsschöpfung, wie immer dieses Recht entstehen möge, gegenüber den Untertanen zur Anwendung und Durchführung des Rechts".[2]) Und: „Es kommt hier in letzter Linie darauf an, ob nach der Anschauung einer bestimmten Zeitepoche der Staat selbst durch seine abstrakten Willenserklärungen gebunden ist oder nicht, und, wenn er gebunden ist, in welchem Maße solche Bindung besteht. Diese Frage ist aber eine historische, mit keiner allgemein gültigen Formel zu lösende. Nur das eine kann mit Sicherheit behauptet werden, daß im modernen Staate die Überzeugung von der Bindung des Staates durch sein Recht in stetig wachsendem Maße hervortritt".

Mit dieser Erkenntnis gelangt aber Jellinek in Widerspruch, wenn er wieder [3]) behauptet: „*alles Recht* wird zu solchem nur dadurch, daß es nicht nur den Untertan, sondern auch die Staatsgewalt bindet" und sich der Auffassung Jherings [4]) ausdrücklich anschließt, daß Recht im vollen Sinne des Wortes nur die zweiseitig verbindende Kraft des Gesetzes

---

[1]) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 359.

[2]) *Ebenda*, S. 360.

[3]) A. a. O., S. 463.

[4]) Jhering, *Zweck im Recht*, I, S. 358.

sei, die eigene Unterordnung der Staatsgewalt unter die von ihr selber erlassenen Gesetze.

Einer ähnlichen Auffassung huldigt auch Wundt,[1]) indem er zum „vollen“ Begriff einer Rechtsordnung sowohl die Zwangsgewalt den Untertanen gegenüber wie auch den Umstand für notwendig erachtet, daß der Staat die Rechtsordnung als eine ihn selbst bindende Macht anerkenne. Folglich bezeichnet er den Despotismus nur als „Zustand beginnender, noch nicht vollendeter Rechtsordnung“. Das wäre an sich eine rein terminologische Geschmackssache. Da jedoch Wundt vorher[2]) betont, daß „Staat und Recht innig verbundene Erzeugnisse des gemeinsamen Lebens (sind), von denen keines dem anderen weder dem Begriff, noch der Zeit nach vorausgeht“, so müßte er den Despotismus als einen Zustand bloß beginnender, begrifflich noch nicht vollendeter Staatlichkeit ansehen. Da er ferner das Recht aus der Sitte hervorgehen lassen möchte, müßte er im Despotismus, wenn er ihn nicht als volles Recht und als Staat anerkennen will, einen noch halben Sitten-Zustand sehen, was doch sicher nicht zutrifft und klar erkennen läßt, daß es sich hier mehr um in diesem Zusammenhang unangebrachte Gesichtspunkte des richtigen Rechts als um begriffliche Merkmale des Rechts schlechthin handelt.[3])

Die strengen Folgen der Lehre, die nur die Befehlsform des Rechts kennt und mithin eine Selbstverpflichtung der Rechtsmacht von vornherein ausschließt, zeigen sich bei Austin. Er läßt in konsequenter Durchführung dieses Gedankens auch

---

[1]) Wundt, *Ethik*, I[4], S. 234.

[2]) A. a. O., S. 233.

[3]) Vgl. auch Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, S. 186—198 und S. 270-275. Eine Trübung der Fragestellung bedeutet die Lehre Seidlers, *Das juristische Kriterium des Staates*, S. 44: „Es kann die Frage, ob der Staat selbst an das Recht gebunden und worin der Grund der Bindung des Staates gelegen sei, gar nicht aufgeworfen werden“. „Da es das Wesen des Rechts ist, zu binden, so kann der gleichzeitig *mit* und *im* Recht entstehende und fortwährend lebende Staat gar nicht anders als rechtlich gebunden gedacht werden“. Daraus, daß das Recht bindet, und daraus, daß der Staat nicht ohne Recht gedacht werden kann, folgt noch nicht, daß er selbst als rechtlich gebunden gedacht werden müsse.

die Verfassung in engerem Sinne nicht als Rechtseinrichtung, sondern nur als Konvention (positive morality) oder als bloße Maximen gelten.[1])

Dieselbe Frage taucht auch in der Form auf, ob der Staat Unrecht begehen könne. Offenbar steht hier für eine Wesensbetrachtung „Staat" wieder statt „Rechtsmacht" oder „höchste Macht im Staate".

Die Antwort kann aber nur wieder dieselbe sein: Sobald eine Rechtsmacht Versprechensnormen gesetzt und sich somit *ihren Untergebenen* gegenüber gebunden hat, kann sie durch die Verletzung dieser Normen Unrecht begehen. Das Staatsunrecht deckt sich also mit dem Begriffe, den wir oben als Willkür im juristischen Sinne des Wortes bezeichnet haben. Das sogen. „Staatsunrecht" ist die Verletzung einer Versprechensnorm seitens der Rechtsmacht.

Wir sind damit wieder zur Illegitimität zurückgelangt und können auf das diesbezüglich Gesagte verweisen.

Es ist dabei auch wieder darauf zu achten, daß die Frage, ob die Rechtsmacht rechtlich gebunden sein könne, nicht mit der Frage vermengt werde, ob Normen, deren Setzung dieser Gebundenheit zuwiderläuft, Rechtsnormen seien. Wenn auch das Recht in gewisser Weise hätte gesetzt werden sollen, kann eine anders gesetzte Norm nichtsdestoweniger Recht bleiben.

---

[1]) AUSTIN, *Lectures,* I⁵, S. 264—269 und II⁵, S. 745/46. Ein Widerspruch findet sich bei AUSTIN diesbezüglich erst insofern, als er die Kenntnis solcher Konventionalnormen und Maximen doch für das Verständnis der betreffenden Rechtsordnung als unerläßlich erachtet und in ihnen, obwohl sie „strenggenommen" keine Rechtsnormen seien, doch „einen wesentlichen Teil eines vollständigen corpus juris" sieht. A. a. O., S. 746: „So ist das englische Recht z. B. ohne die Kenntnis der Verfassung des Parlaments und der verschiedenen Regeln, nach denen dieser souveräne Körper die Geschäfte der Gesetzgebung führt, nicht zu verstehen, trotzdem es feststeht, daß viele jener Normen, welche die Verfassung des Parlaments bestimmen und welche das Parlament bei der Gesetzgebung befolgt, entweder bloß Normen sind, die von der öffentlichen Meinung gesetzt sind, oder bloße ethische Maximen, denen diese Körperschaft spontan nachkommt".

Es folgt also aus dem Satze: quod principi placuit, legis habet vigorem — (wobei statt princeps für unseren allgemeineren Gesichtspunkt Rechtsmacht zu setzen ist) — nicht der Satz: princeps legibus solutus est. Der letztere Satz ist nicht allgemein für jede Rechtsmacht gültig, sondern es hängt seine Geltung von der Tatsachenfrage ab, ob die betreffende Rechtsmacht Versprechensnormen gesetzt hat oder nicht.[1])

Im Sinne der obigen Ausführungen ist schließlich auch die neuerdings wieder aufgeworfene Frage nach der *Möglichkeit unabänderlicher Gesetze* zu erledigen. Für den Rechtsinhaltsbegriff des Gesetzes muß an der Möglichkeit von unabänderlichen Gesetzen festgehalten werden. Für diese Lehre handelt es sich eben um die für das Zustandekommen von Gesetzen bestehenden gesetzlichen (rechtsinhaltlichen) Bestimmungen. Von diesem Gesichtspunkte aus läßt sich gegen die Lehre, daß es auch unabänderliche Gesetze geben könne, gar nichts einwenden.[2])

Dagegen gilt jedoch ebenso unumstößlich die Wahrheit, daß die Rechtsmacht (oder nach anderen Termino-

---

[1]) Freilich bedeutet ein „Staatsunrecht", wie für die Illegitimität gezeigt worden ist, die Beurteilung eines Aktes der Rechtsmacht nach einer vorhergegangenen Rechtsnorm. Und es erhebt sich dagegen wieder der AUSTINsche Einwand, daß die verletzte Rechtsnorm durch die Verletzung seitens der Rechtsmacht eben aufgehoben sei und folglich von einem unrechtmäßigen Akte nicht gesprochen werden könne (vgl. oben § 40). AUSTIN, I, S. 267/68, Anm. s, S. 326—330. — In ähnlichem Gedankengang verficht KELSEN (*Hauptprobleme,* S. 246—248) die Unmöglichkeit des staatlichen Unrechts: „Man kann unmöglich annehmen, daß der Staat, dessen Wille das Recht ist, in irgendeinem Falle gegen das Recht, das ist gegen seinen eigenen Willen, handeln könne. Der Staat kann nicht unrecht handeln, denn er kann nur das Recht wollen". Vgl. noch zum Problem der rechtlichen Gebundenheit des Staates THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht.* S. 140—142; JHERING, *Der Zweck im Recht,* I[4], S. 270 ff.; O. MAYER, *Verwaltungsrecht,* I, S. 81 ff.; M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen.* S. 35. Anm. 6; DUGUIT, *L' état,* I, S. 110 ff., v. VERDROSS, *Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers,* „Juristische Blätter" 1916.

[2]) v. VERDROSS, *Die Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen,* S.-A. aus den „Juristischen Blättern" 1916, S. 15/16 und WEYR, *Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen,* Juristische Blätter 1916, S. 388.

logien: der Gesetzgeber, der Staat, die souveräne Macht) jeden beliebigen Rechtsinhalt setzen kann, folglich auch beliebige Bedingungen seiner Geltung zu bestimmen vermag.[1])

Die Auflösung dieser Antinomie erfolgt durch die Erkenntnis, daß Recht auch durch Rechtsbruch entstehen, daß auch der in rechtswidriger Weise entstandene spätere Rechtssatz den früheren aufheben kann. Die sich scheinbar widersprechenden Sätze stehen bei näherem Zusehen eigentlich gar nicht im Widerspruch: der eine betrifft ein Sollen, der andre ein Sein.[2])

§ 95. Die Verfassung des Staates.

Die Lösung der Fragen nach dem Wesen der Souveränität und der Möglichkeit der rechtlichen Gebundenheit der Rechtsmacht legt auch die Grundlagen zur Feststellung dessen, was unter der Verfassung eines Staates zu verstehen sei.

Die Verfassung eines Staates bedeutet in erster Linie die Bezeichnung der Machthaber, die zusammen die Rechtsmacht eines Staatswesens bilden. Sodann wird aber in einem engeren Sinne des Wortes außer der Bezeichnung dieser Machthaber auch der Inhalt der von ihnen gesetzten Versprechensnormen Verfassung genannt, also mit anderen Worten auch die rechtliche Gebundenheit der Rechtsmacht, und vollends die besondere Art und Weise dieser Gebundenheit.[3]) Im ersten — weitern — Sinne

---

[1]) Weyr, a. a. O., S. 388.

[2]) Weyr (a. a. O., S. 388/89) bezeichnet diesen Gegensatz von Rechtsinhaltsbestimmungen und Rechtsvoraussetzungslehren als *statische* und *dynamische* Rechtserkenntnis: (Die dynamische) „hat es mit dem Entstehen und Vergehen, oder besser gesagt mit der Veränderung, respektive Aufhebung von Rechtssätzen im allgemeinen und Rechtsnormen im besonderen zu tun. Sie ist ‚zeitlich‘. Dagegen ist die statische Rechtsbetrachtung, die als die eigentlich normative zu bezeichnen ist, prinzipiell zeitlos, d. h. durch sie wird das Normsystem in einem bestimmten Moment erkannt“.

[3]) Lediglich „die Bestimmung der Organe“ als Verfassung aus der Summe der übrigen Bestimmungen herauszugreifen (Seydel, *Grundzüge*, S. 70), ist insofern unbegründet, als für diesen Begriff gar kein Bedürfnis vorliegt. Wenn die Bestimmung der Organe durch den Herrscher nicht zugleich auch ein Versprechen, sich ihrer zu bedienen, sondern bloß Befehle bedeuten soll, ist die prinzipielle Gegenüberstellung dieser Be-

des Wortes kann es keinen Staat ohne irgendwelche Verfassung geben. Im zweiten — engeren — Sinne hingegen kann es sowohl Staaten mit als auch ohne Verfassung geben. Diese beiden Bedeutungen des Wortes stehen jedoch in einem innigen Zusammenhange, da durch die Aufstellung von Versprechensnormen, also durch die rechtliche Selbstbindung der Rechtsmacht, diejenigen, denen ein solches Versprechen gegeben worden ist, gewissermaßen selbst zu Teilhabern an der Rechtsmacht werden. Der Versprechende bindet sich im Versprechen dem Versprechensadressaten gegenüber. Es ist eine Bindung, die er selbst nicht lösen kann. Die Bedeutung der Versprechensbindung liegt eben darin, daß sie nur durch den Versprechensadressaten, nicht durch den Versprechenden selbst gelöst (geändert) werden kann. Durch die Setzung einer Versprechensnorm wird also — zum mindesten stillschweigend — der Versprechensadressat als ein Bestandteil der normsetzenden Macht mitanerkannt. Er wird als ein Faktor bezeichnet, ohne dessen Zustimmung die Norm nicht *rechtmäßig* (legitim) geändert zu werden vermag.

Die Verfassung im weitern Sinne des Wortes, also der Inbegriff der Teile, die zusammen die Rechtsmacht eines gegebenen Staatswesens ausmachen, ist eine soziale Tatsache, keine juristische. Welcher Art die Verfassung eines Staates ist, oder, was dasselbe bedeutet, in welchen Händen die Rechtsmacht ist, ist eine Frage gegebener Machtverhältnisse, mithin eine, die nicht durch einen Rechtsinhalt bestimmt zu werden vermag.[1] Es handelt sich eben um die Frage, von wem

---

fehle allen übrigen gegenüber unmotiviert. Gewöhnlich bedeuten jedoch solche Bestimmungen irgendwelche Gebundenheiten der Rechtsmacht und fallen daher unter den einen der im Texte hervorgehobenen Verfassungsbegriffe.

[1]) Wie es Maine (*Lectures on the Early History of Institutions*, 6. Aufl., 1893. S. 350 51) in Wiedergabe Austinscher Gedanken bündig ausdrückt: „it is sometimes extremely difficult to discover the Sovereign in a given State, and when he or it is discovered, he may fall under no recognised designation, but, where there is an independent political society not in a condition of anarchy, the Sovereign is certainly there. The question of determining his character is always a question of fact. It is never a question of law or morals".

eine Norm gesetzt sein muß, um als Rechtsnorm zu gelten; diese Frage kann aber unmöglich durch eine Rechtsnorm beantwortet werden. Es wäre das eine petitio principii.

Allerdings können auch Rechtsnormen bestehen, welche die Quellen angeben, woraus Rechtsnormen fließen können. Wir gewinnen dadurch einen dritten, und zwar einen Rechtsinhaltsbegriff der Verfassung im weitern Sinne des Wortes im Gegensatz zum juristischen Grundbegriff.[1]) Auch ein solcher Rechtsinhaltsbegriff von Verfassung ist nicht bedeutungslos, nur besteht diese Bedeutung nicht darin, daß er sich — im Falle eines Abweichens — an die Stelle des Voraussetzungsbegriffes der Verfassung zu setzen imstande wäre und diesen für die Rechts- und Staatslehre ersetzen könnte.

Der Rechtsinhaltsbegriff der Verfassung kann sich mit ihrem Voraussetzungsbegriffe decken, dann liegt weiter kein Problem vor; er kann aber auch enger oder weiter als dieser sein, d. h. entweder solche Einzelne oder Kreise als Teilhaber an der Rechtsmacht bezeichnen, die es tatsächlich nicht sind, oder solche, die es sind, unerwähnt lassen.[2]) Die betreffende Rechtsinhaltsbestimmung wird allerdings gewöhnlich einen gewissen realen Druck zur Verschiebung der Machtverhältnisse bedeuten, aber es werden, diesen Druck miteingerechnet, immer die tatsächlichen Machtverhältnisse, nicht die bloß auf dem Papiere stehenden, für den juristischen Grundbegriff

---

[1]) Z. B. Piloty, *Autorität und Staatsgewalt,* Jahrb. der intern. Vereinig. f. vgl. Rechtswiss. u. Volkswirtschaftslehre, Bd. VI u. VII, S.-A. S. 3: „Die Verfassung, welche die *rechtliche Ordnung* der Herrschaft ist, mag sie eine geschriebene oder eine ungeschriebene sein, gibt an, wem im Staate die höchste Gewalt zustehe". Unseren Grundbegriff der Verfassung im weiteren Sinne bezeichnet Piloty als „Autorität" (ebenda S. 4). — Nur der Rechtsinhaltsbegriff von Verfassung liegt den Ausführungen v. Verdross *(Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers,* S.-A. aus den „Juristischen Blättern" 1916) zugrunde. v. Verdross stellt sich nur die Frage, wie sich der Begriff der Verfassung in einer bestimmten Rechtsordnung spiegelt, geht aber nicht auf die Frage ein, wie wir zum Begriff einer bestimmten Rechtsordnung gelangen.

[2]) Beispiele hierfür bei Piloty, a. a. O., S. 9ff.

und damit zur Entscheidung der Frage maßgebend sein, was in einer gegebenen Gesellschaft Recht ist.

Es ist dies ein wichtiger Punkt unter den Voraussetzungen der Jurisprudenz. Außer den allgemeinen Voraussetzungen, die wir teils bisher behandelt haben, teils noch im folgenden auseinandersetzen werden, hat jede Jurisprudenz als ihre *besondere* oder *konkrete* Voraussetzung anzugeben, worin *die* Rechtsmacht besteht, deren Normen *sie* darlegen will. Nicht nur was das Recht schlechthin, was ein Staat, was eine Rechtsmacht ist usw., hat jede Jurisprudenz vorauszusetzen, sondern sie hat auch auf die Frage voraussetzungsweise zu antworten, von welchen Urhebern das von ihr zu behandelnde Recht stammt. Die Antwort auf diese Frage kann aber nicht aus dem betreffenden Staatsrecht genommen werden, sie muß bereits feststehen, damit ein Staatsrecht möglich sei. Jedes Staatsrecht muß, um festen Fuß zu fassen, von einer vorhergehenden nichtrechtlichen, sondern historisch-sozialen Untersuchung über die ihm zugrunde liegenden realen obersten Machtverhältnisse seinen Ausgangspunkt nehmen[1]) und kann erst von dieser Grundlage aus auf andere Fragen aus dem Rechtsinhalt antworten. Freilich dürfen wir uns diesbezüglich nicht in die Betrachtung von Geringfügigkeiten, von augenblicklichen Schwankungen und Verschiebungen verlieren. Wenn wir die tatsächlichen Machtverhältnisse suchen, so müssen wir immer vor Augen halten, was eine Rechtsmacht überhaupt bedeutet. Es mag ein Herrscher von Geist und Kraft eine Machtfülle an sich reißen, die einem schwachen nicht zusteht. Die Machtstellung des Ministerpräsidenten eines konstitutionellen Staates wird ganz bedeutende Schwankungen aufweisen, je nachdem, wer der Ministerpräsident und je nachdem, wer der Fürst ist. Ein hinreißender, vergötterter Volkstribun mag der öffentlichen Meinung mancher Volksschichten zu Zeiten eine Bedeutung verleihen, die ihr zu anderen Zeiten mangels entsprechender Führung nicht zukommt. Berücksichtigen wir solche und tausend ähnliche Machtschwankungen und Verschiebungen,

---

[1]) Menger, *Neue Staatslehre*, 1903. S. 211—213.

so könnte man sagen, daß die tatsächliche, auf den realen Machtverhältnissen beruhende Verfassung eines Staates in fortwährendem Flusse sei und nur Momentaufnahmen gestatte. Erinnern wir uns jedoch dessen, was wir über das Wesen der Rechtsmacht gesagt haben, so erkennen wir leicht, daß diese Schwankungen nicht dasjenige treffen, worauf es uns ankommt. Stünde hinter ihnen nicht auch ein relativ fester Kern, so könnte ja von einem Rechte und einem Staate überhaupt nicht gesprochen werden. Nur auf das Allgemeine und auf das relativ beständige im Flusse dieser fortwährenden Machtreibungen und -verschiebungen kommt es für unseren realen Verfassungsbegriff an, nicht auf einen augenblicklichen Stand der Schwankung.[1])

Es ist durchaus keine leichte Aufgabe, die wir hiermit dem Staatsrechte stellen: die scheinbar so sichere und einfache Grundlage einiger glatter Paragraphen zu verlassen und sich in ein wogendes Meer historischer und sozialer Tatsachen zu stürzen. Die Aufgabe ist schwer, aber sie läßt sich nicht umgehen.

Daß es überhaupt gelingt, auf Grund des juristischen Verfassungsbegriffes Systeme des Staatsrechts aufzurichten, ist nur dem Umstande zuzuschreiben, daß der juristische Begriff der Verfassung trotz mancher möglichen Abweichungen gewöhnlich doch immerhin in einer gewissen Nähe des Begriffes der tatsächlichen Verfassung verbleibt.

Nach den Verschiedenheiten der Zusammensetzung der Rechtsmacht werden seit Aristoteles verschiedene *Staatsformen* unterschieden, deren mögliche oder treffendste Einteilungen, als eine Frage der vergleichenden Staatslehre, jedoch vom Wege unserer Untersuchung abseits liegen.

---

[1]) Damit ist auch die Bemerkung J. Browns *(The Austinian Theory,* S. 128) erledigt: „To day it will be generally conceded that, whilst political sovereignty may be an abiding fact, its organization in the form of the legal sovereign may be in abeyance“. Vgl. diesbezüglich auch einige feine Bemerkungen Austins *(Lectures,* I^5, S. 238/39, Anm. n), wie auch Einwendungen bei Gray, *Nature and Sources of Law,* 1909, S. 65 u. 77: „The real rulers of a political society are undiscoverable“.

Auch die Frage, ob die Illegitimität einer Norm ihr den Charakter einer Rechtsnorm nimmt, ist eine Frage der tatsächlichen Verfassung des betreffenden Staates, eine Frage *der* Tatsache, ob in jener Gesellschaft einer solchen Norm Gefolgschaft geleistet wird oder nicht. Es ist das eine Frage, die nur durch eine Untersuchung darüber gelöst werden kann, wie die Rechtsmacht jener Gesellschaft beschaffen ist, was sie sich erlauben kann, ohne dieses Charakters verlustig zu werden. Man vermißt gewöhnlich derartige Untersuchungen in unseren Handbüchern des Staatsrechts, obwohl erst eine solche Untersuchung einem besonderen Staatsrechte seine nötige „positive" Unterlage gäbe. Der Inhalt von Rechtsnormen kann hierüber keinen Aufschluß geben. Man meint gewöhnlich, den Anforderungen der Jurisprudenz Genüge geleistet zu haben, wenn man den diesbezüglichen Gesetzesinhalt wiedergibt. Da es sich aber gerade um die Frage handelt, ob dieser Gesetzesinhalt für die betreffende Gesellschaft zutrifft, ist die Frage mit der Methode der Jurisprudenz, aus dem Rechtsinhalt heraus, ganz unlösbar. Jede juristische Behandlung eines gegebenen Staatsrechts erfordert als Grundlage eine historisch-soziale Untersuchung über die Beschaffenheit der Rechtsmacht in jenem Staate. Nur von dieser Grundlage aus läßt sich eine „juristische" Lehre von den Rechtsquellen des betreffenden Staatswesens ausführen.

Man pflegt gewöhnlich auch den Gesetzesbegriff aus dem Gesetzesinhalte festzustellen und danach — namentlich für das Staatsrecht konstitutioneller Staaten — alle die Bedingungen anzugeben, deren Beobachtung zum Zustandekommen eines Gesetzes notwendig ist. Es ist aber für diesen Gesetzesinhalt immer auch die besondere Frage zu stellen, ob seine Verletzung tatsächlich die Befolgung des so zustandegekommenen Gesetzes aufheben würde. Denn nur in diesem Falle deckt sich die tatsächlich bestehende Verfassung mit der Beschreibung, die der Gesetzesinhalt von ihr gibt, nur in diesem Falle entspricht die aus dem Gesetzesinhalt entnommene Rechtsquellenlehre der Wahrheit. Es gehört diese Frage zum ungeschriebenen Teile jeder Verfassung.

Die Verwechslung dieser sozialen Wirklichkeit, die jeder

Rechtsordnung zugrundeliegt, mit Angaben eines bestimmten Rechtsinhaltes, führt in der Jurisprudenz oft zu den größten Entgleisungen und erinnert an die Anekdote von jenem Kaiser, der, als ihm der Ausbruch der Revolution gemeldet wurde, gefragt haben soll: „Ja, darf man denn das?“ Die Komik dieses Ausspruches steckt darin, daß er die Frage, ob eine bestimmte Macht noch die Rechtsmacht ist oder nicht, aus dem Inhalt einer Norm eben dieser in Frage gestellten Macht beantworten möchte. Es ist jedoch um gar nichts besser, wenn in der Jurisprudenz der Begriff der obersten Macht eines Staates ohne jede Voruntersuchung gerade so einfach aus dem Inhalt einer Norm beantwortet wird wie jede andere Frage der Jurisprudenz.[1])

§ 96. Verfassungsgesetze.

Es liegt ein tiefer Sinn in den Worten des Aristoteles[2]): „Die Gesetze müssen sich nach den Verfassungen richten und tun es auch alle, nicht die Verfassungen nach den Gesetzen“. Aristoteles setzt hinzu: „Die Verfassung ist jene Ordnung für die Staaten, die sich auf die Magistraturen bezieht, die Art ihrer Verteilung regelt und bestimmt, welches der herrschende Faktor im Staat und welches das Ziel der jeweiligen politischen Gemeinschaft ist; die Gesetze aber sind es, die, gesondert von jenen Verfassungsbestimmungen, die Norm abgeben, nach der die Regierenden regieren und den Übertretern wehren sollen“. Diese Auseinandersetzung enthält eine klare Gegenübersetzung der Bestimmung „des

---

[1]) Die „soziologische Jurisprudenz“ begeht neuerdings den entgegengesetzten Fehler, diese Tatsachenfrage, oder wie sie es nennt, das Zurückgehen auf die Rechtswirklichkeit für sämtliche Fragen der Jurisprudenz zu fordern, wogegen diese Frage, wenn sie einmal für die allgemeine Grundlage aller Jurisprudenz, für die Rechtsmacht eines bestimmten Gemeinwesens, ihre Lösung gefunden hat, für die einzelnen Rechtsfragen nicht wieder gestellt werden darf. Diese können und müssen aus einem Norminhalt gelöst werden, aber jene allgemeine Frage, die Normen welcher Macht heranzuziehen seien, kann nicht wieder aus einer Rechtsnorm beantwortet werden.

[2]) Aristoteles, *Politik,* IV, S. 1289 a. Übersetzung von Rolfes, Philosophische Bibliothek, Bd. 7, 1912, S. 114.

herrschenden Faktors im Staat“ und der von ihm gesetzten Normen.[1])

Dieser Gegensatz wird aber durchaus verdunkelt, wenn er in einen Gegensatz innerhalb des juristischen Gebietes hinübergezogen wird. So ist es eine Verflachung, ja geradezu eine Verkennung dieses Gedankens, wenn JELLINEK[2]) in Anschluß an die Darlegung der angeführten Stelle des ARISTOTELES meint: „Es ist der Begriff der *Verfassung im materiellen Sinne*, der zuerst im Altertum erkannt wurde“. Und: „Diese Vorstellung findet sich selbst bei jenen Nationen, die einen formal-juristischen Gegensatz von einfacher und Verfassungsgesetzgebung nicht kennen“. JELLINEK beweist damit, daß er diesen Gegensatz als einen *materiell-juristischen*, also als einen Gegensatz des Gesetzesinhalts auffaßt. Er wird bei ihm zu einem Gegensatz zwischen Verfassungs*gesetzen* und anderen Gesetzen, ohne Rücksicht darauf, ob diese beiden Arten unter verschiedenen Bedingungen zustandekommen. Das ist aber lange nicht mehr der Aristotelische Gegensatz zwischen jenem Faktischen, das allem Juristischen zugrunde liegt, und diesem Juristischen selbst. Wie dem übrigens bei ARISTOTELES sei, jedenfalls muß dieser Gegensatz im ausgeführten Sinne von jeder Rechts- und Staatslehre festgehalten werden. Erst muß einmal der Voraussetzungsbegriff der Verfassung dem Gesetzesbegriff vorausgeschickt werden, dann erst kann innerhalb des letztern nochmals auf Grund des Inhalts oder der Entstehungsform zwischen (inhaltlichem oder formalem)

---

[1]) Dieser wertvolle Grundgedanke des ARISTOTELES, die faktische, unjuristische Natur der Verfassung im Gegensatz zu den juristischen Bestimmungen tritt noch bei neuzeitlichen Interpretatoren und Übersetzern in aller Deutlichkeit hervor. So bei VICTORIUS: (leges) separatae sunt *ab iis*, quae declarant rempublicam. RAMUS: at leges ab his rerumpublicarum *descriptionibus* diversae sunt. GIPHANIUS: leges vero *ab iis rebus quae rempublicam indicant*, sunt sejunctae. HEINSIUS: ex quibus sane apparet, inter *ea, quae constituunt rempublicam*, non numerari leges. Non enim cognoscuntur legibus respublicae aut distinguuntur, verum fine et principatu, sive suprema potestate. Bei GOTTLOB SCHNEIDER, *Aristotelis Politicorum libri octo superstites*, Francofurti 1809, vol. II, S. 229/30.

[2]) JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 492.

Verfassungsgesetz und den übrigen Gesetzen unterschieden werden. Nur infolge dieser Verschiebung konnte Jellinek hervorheben: „So sehr aber auch den Alten die Vorstellung der Verfassung geläufig war, so wenig erheben sie die Forderung, die gesamte Verfassung in einem Instrument niederzulegen, dem höhere Geltung zukommen solle als den *übrigen Gesetzen*".[1])

Noch krasser ist die Verkennung des Aristotelischen Gedankens dei Seidler,[2]) indem er im Verfassungsbegriff des Aristoteles den Begriff eines Rechts höherer Ordnung sieht.

Wenn auch der Feststellung der obersten Macht eines Staates in Verfassungsgesetzen nicht jede Bedeutung abgesprochen werden kann — was bereits aus dem über die illegitime Rechtsentstehung Gesagten hervorgeht —, so kann solchen Verfassungsgesetzen keineswegs eine *höhere Geltung* zukommen als anderen Rechtsnormen derselben Rechtsmacht. Die Wichtigkeit der Gesetze kann nach ihrem Inhalt eine sehr verschiedene sein, aber der Grad der Geltung von Rechtsnormen, die von derselben Macht herrühren, kann unmöglich verschieden sein. Alle Rechtsgeltung beruht darauf, daß die betreffenden Normen von der Rechtsmacht gesetzt sind. Damit ist bereits das Maximum ihrer Geltung gegeben; dieses Maximum kann sich nicht durch irgendwelchen Inhalt über sich selber hinaufschrauben. Das Recht kann nicht aus sich irgendwelche Normen höherer Ordnung, durch die es sich selbst begründete, herauspressen.

---

[1]) A. a. O., S. 493. Der fundamentale Gegensatz zwischen der juristischen Grundlehre und der Jurisprudenz dringt jedoch bei Jellinek an manchen Stellen seiner feinen Analysen durch. So schreibt er z. B. über die Frage der Bindung des Staates an sein Recht: „Um die aufgeworfene Frage zu lösen, muß man die dürftigen Werkzeuge juristischer Handlangerarbeit, die allerdings manche, die sich mit diesem Problem beschäftigen, allein zu handhaben verstehen, beiseite legen. Sie ist, um den von mir vorgeschlagenen Ausdruck zu gebrauchen, metajuristischer Natur". *Allgemeine Staatslehre,* 2. Aufl., S. 358. Er unterläßt es jedoch, diesen Gegensatz an allen Punkten, an denen er bedeutsam wird, bewußt festzuhalten, und verfällt selbst, wie z. B. in bezug auf die Frage der Verfassung, in den Fehler, vorjuristische Probleme juristisch lösen zu wollen.

[2]) *Das juristische Kriterium des Staates,* S. 73, Anm. 1.

Dieser ganzen Konstruktion von Verfassungsgesetzen als einem Recht höherer Ordnung liegt das dunkle Gefühl der Notwendigkeit dessen zugrunde, was wir als den logischen Voraussetzungsbegriff jedes Rechtssystemes hervorgehoben haben. Jedes Rechtssystem geht auf die Tatsache einer obersten Macht — im näher ausgeführten Sinne des Wortes — zurück. Dem Juristen wird aber seine juristische Methode und die Gegebenheit von positiven Normen als Grundlage aller seiner Konstruktionen so sehr zur zweiten Natur, daß er selbst an den Punkten, wo er endlich über diese Methode hinaus muß, auch noch diesen Schritt wiederum mit der juristischen Methode und wieder nur als Konstruktion aus einem Rechtsinhalt machen möchte, was eben eine Unmöglichkeit ist. Auf diesem Wege gelangt er dazu, auch noch seine letzte Voraussetzung wieder nur als einen *Rechtsinhalt* höherer Ordnung anzusehen. Er hat sich so sehr an das e vinculis sermocinari gewöhnt, daß er schließlich an den Punkten, wo ihm die Freiheit wiedergegeben ist, keinen Gebrauch mehr von ihr zu machen imstande ist.

Es ist — wie das in der Lehre von den Rechtsquellen näher auszuführen sein wird — zwischen Rechtsnormen zu unterscheiden, die unmittelbar von der höchsten Macht gesetzt sind, und solchen, die im Auftrage dieser höchsten Macht von einer andern, ihr unterstellten Macht gesetzt sind. Wir werden die ersten *primäre*, die zweiten *sekundäre* Rechtsnormen nennen. Dieser Unterschied hat aber nichts mit irgendwelchem Norminhalt zu tun, er liegt bloß in der mittelbaren oder unmittelbaren Herkunft von der rechtssetzenden Macht. Die primären sind das Recht höchster Ordnung, weil die sekundären nur auf Grund von primären überhaupt Rechtsnormen sind. Dieser Unterschied deckt sich aber nicht mit dem Begriff eines formalen Verfassungsgesetzes oder Grundgesetzes. Denn was immer auch jene oberste Macht anordne, ist primäres Recht. Sehr lehrreich hierfür ist die Tatsache, daß in den Gliedstaaten der amerikanischen Union „aus Mißtrauen gegen die Legislaturen und die in ihnen herrschenden Majoritäten eine große Anzahl von Gegenständen der einfachen Gesetzgebung entzogen und der Verfassungs-

gesetzgebung zugewiesen worden (ist), darunter solche, die in Europa überhaupt nicht durch Gesetz, sondern durch Verordnung geregelt werden würden".[1])

Wenn im 16. Jahrhundert die lex fundamentalis die höhere Kraft besitzt,[2]) daß sie der König selbst *nicht einseitig* ändern kann, so ist damit der Begriff einer höhern Macht gesetzt, von der die königliche einen Bestandteil bildet und die jene Grundgesetze ändern kann.

Es sind solche Staaten, deren „gewöhnliche Gesetzgebung" zugleich ihre Rechtsmacht ist, von solchen zu unterscheiden, in denen die gewöhnliche Gesetzgebung nicht die höchste Macht des Staates bedeutet, diese vielmehr durch eine Volksabstimmung verwirklicht ist. Wo die Begriffe: gewöhnliche Gesetzgebung und Rechtsmacht nicht zusammenfallen, dort ist natürlich eine Norm jener nur deshalb eine Rechtsnorm, weil sie schließlich doch von der Rechtsmacht herkommt. Es steht dort die Gesetzgebung in dem Verhältnis zur Rechtsmacht, wie in anderen Staaten z. B. die Verwaltung zur Gesetzgebung steht. Das Verfassungsgesetz und das gewöhnliche Gesetz stehen sodann in einem ähnlichen Verhältnis wie in anderen Staaten Gesetz und Verordnung. Wo z. B. die Rechtsmacht nicht aus Staatsoberhaupt und Parlament besteht, sondern diese durch Volksabstimmung eingesetzt und ihre Beschlüsse durch Volksabstimmung überprüft, gutgeheißen oder verworfen werden, dort besteht die Rechtsmacht in der Gesamtheit derjenigen, die bei einer Volksabstimmung ihr Votum abgeben, und Parlament wie Staatsoberhaupt sind bloße „Organe" (zunächst nicht des Staates!), sondern dieser Rechtsmacht. Mit anderen Worten: eine „konstituierende Gewalt" ist in jedem Staate vorhanden. Sie bedeutet wieder nichts anderes als unsere Rechtsmacht. Ein Unterschied kann nur darin bestehen, ob es eine von dieser konstituierenden Gewalt verschiedene, — also eine von

---

[1]) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 519, sowie die daselbst Zitierten: Bryce, *American Commonwealth*, I, S. 490ff. und Oberholtzer, *The Referendum in America*, Publications of the University of Pennsylvania, Philadelphia 1893, S. 44ff.

[2]) Vgl. Jellinek, a. a. O., S. 494.

ihr eingesetzte, sekundäre, gesetzgebende Gewalt gibt oder nicht, d. h. ob die konstituierende Gewalt zugleich auch die Aufgaben der gesetzgebenden ausübt. Das ist aber bereits eine juristische Norminhaltsfrage, eine Frage der von der konstituierenden Gewalt gesetzten Normen.

Ob nun die Rechtsmacht unmittelbar selbst sämtliche Gesetze erläßt, oder ob sie unmittelbar bloß darüber Normen setzt, in welchen Händen die Rechtsmacht sei, mit der Schaffung der übrigen Gesetze hingegen ihr unterstehende Organe betraut, ist für den Begriff der Verfassung gleichgültig. Jedenfalls ist die Feststellung dessen, in welchen Händen die oberste Macht eines gegebenen Staatswesens tatsächlich *ist*, vom juristischen Begriff der Verfassung, d. i. von Rechtssätzen darüber, in welchen Händen sie *sei*, zu unterscheiden.

Die soziale Tatsache, daß die Rechtsmacht in diesen oder in jenen Händen ist, ist die Grundlage alles Staatsrechts. Diese Tatsache ist aber nur aus einer eingehenden historischen und sozialen Kenntnis des betreffenden Gemeinwesens, nicht aus etwaigen Verfassungsgesetzen erkennbar. Auch wenn wir uns anstatt fest geformter Paragraphen mit dem Begriffe des Gewohnheitsrechts behelfen wollten — wie das manchmal geschieht —, könnten wir nicht umhin, den Begriff der tatsächlichen Verfassung auch dem des Gewohnheitsrechts voranzustellen. Nicht aus dem Gewohnheitsrecht läßt sich die Verfassung ableiten, sondern auch das Gewohnheitsrecht, wie wir noch eingehender sehen werden, nur aus dem Begriffe der Verfassung. Auch hier gilt das Aristotelische Wort. Denn es gibt schließlich nur der Binsenwahrheit Ausdruck, daß *die letzte Grundlage eines Systemes von (Rechts-) Normen nicht eine Norm dieses Systemes sein kann.*

§ 97. Das Staatsvolk.

Mit dem Begriffe des Staates sind notwendigerweise die Begriffe dreier verschiedener Kreise von Menschen mitgesetzt. Erstens die Gemeinschaft aller derjenigen, die dem Staate angehören; zweitens der Kreis derjenigen, die zur Rechtsmacht des betreffenden Staates zu zählen sind; drittens

der Kreis derjenigen, die bloß als Untergebene der Rechtsmacht in Betracht kommen.

Je demokratischer eine Rechtsmacht ist, desto geringer wird der Unterschied zwischen dem Umfange des ersten und des zweiten Kreises sein. Ganz abstrakt genommen ließe sich auch ein Zustand *denken*, wo beide Kreise zusammenfielen. Es wäre das eine Gesellschaft, die in ihrer Gesamtheit als Rechtsmacht Befehle und Versprechen an einzelne ihrer Mitglieder richten würde; es wäre das ein Zustand staatlichen Seins, wie ihn der Anarchismus anstrebt — allerdings in dem Irrtum befangen, daß ein solcher Zustand, wenn er überhaupt möglich wäre, aufhörte ein staatlicher zu sein.[1]) In der Wirklichkeit müßten jedoch — von allem andern abgesehen — mindestens durch die Kinder und die Unzurechnungsfähigen dieser Gleichheit beider Kreise Hindernisse erstehen.

Der Begriff des *Volkes*, mit dem in der Staatslehre und der Politik kein geringer Mißbrauch getrieben wird, ist kein feststehender. Er wird manchmal als der Inbegriff aller derjenigen gebraucht, die die staatliche Gesellschaft bilden, also sowohl Untertanen als Mitglieder der Rechtsmacht sind;[2]) bei anderen wieder erscheint dieser Begriff zur Bezeichnung der Gesamtheit der Untergebenen im Gegensatze zu den Herrschenden; ja, er wird sogar auch zur Bezeichnung des zweiten Kreises verwendet, wenn Staatsvolk in demokratischen Staaten den Inbegriff derjenigen bedeuten soll, denen ein Anteil an der Herrschermacht zukommt (Volkssouveränität). Jene drei Kreise von Menschen sind durch den Rechts- und mithin durch den Staatsbegriff gegeben. Darüber, in welchem Verhältnisse sie zu irgendwelchem Gebrauche des Wortes Volk (oder auch Nation) stehen, nähere Untersuchungen anzustellen, liegt für uns keinerlei Veranlassung vor.

---

[1]) Eine irrtümliche Terminologie, die auch manche Vertreter des historischen Materialismus, so ENGELS, vom Anarchismus übernehmen, indem sie von einem Absterben des Staates sprechen.

[2]) So z. B. bei JELLINEK, *Allgem. Staatslehre,* 2. Aufl., S. 393: „Die Gesamtheit der dem Staate zugehörigen Menschen".

Daß diese verschiedenen Kreise nur verschiedene Seiten desselben Begriffes wären, wie JELLINEK annimmt, ist ein Irrtum, durch den sich die Vermengung des sozialen mit dem juristischen Staatsbegriff ausgiebig rächt. Nach JELLINEK[1]) bilden die dem Staate zugehörigen Menschen in ihrer Gesamtheit das Staatsvolk, dem aber „eine doppelte Funktion“ zukommt. Es ist einerseits „Subjekt der Staatsgewalt“, „sodann aber ist das Volk *in anderer* Eigenschaft Gegenstand staatlicher Tätigkeit, Volk als Objekt“. Nun sind das aber durchaus nicht zwei Eigenschaften oder Funktionen jenes Begriffes von Volk, der die Gesamtheit der zum Staate gehörigen Menschen bedeutet. Es wird hierbei übersehen, daß die Gesamtheit der zum Staate gehörigen Menschen als *Subjekt* der staatlichen Tätigkeit nur ein Rechtsinhaltsbegriff sein kann, während die Begriffe von Volk sowohl im Sinne der dem Staate zugehörigen Menschen wie im Sinne der Gesamtheit der Untergebenen, also des Volkes als Gegenstandes staatlicher Tätigkeit, juristische Grund- oder Voraussetzungsbegriffe sind. Erst *wenn* die Rechtsmacht dem Staate zugeschrieben wird und statt Rechtsmachtwille Staatswille gesetzt wird, wird *hierdurch* das Volk zum Subjekt staatlicher Tätigkeit. Die „subjektive Qualität“ des Volkes ist also eine juristische Fiktion, die objektive hingegen eine soziale Tatsache.

Wie verderblich die Unterlassung dieser Unterscheidung wirkt, zeigt JELLINEK[2]) selbst am besten, indem er dadurch zu der Behauptung geführt wird: „Eine Vielheit von Menschen, die unter einer gemeinsamen Herrschaft stehen, ohne die subjektive Qualität eines Volkes zu besitzen, wäre kein Staat, weil jedes die Einzelnen zu einer Einheit verbindende Moment mangelte“ (als wenn es kein zu einer Einheit verbindendes Moment wäre, daß sie unter einer gemeinsamen Herrschaft stehen). „Einem solchen Zustande entspräche“ — nach JELLINEK — „etwa der eines Landesherrn oder Lehnsträgers der mittelalterlichen Welt, der aus verschiedenen Rechtstiteln eine

[1]) *Allgemeine Staatslehre*, S. 394.
[2]) A. a. O., S. 394.

Mehrheit von Territorien besaß, die trotz der Gemeinsamkeit des Herrschers keine innere Gemeinschaft bildeten und sich ihrer rechtlichen Sonderexistenz bewußt blieben." Wäre ein solcher Herrscher als ein im strengsten Sinne des Wortes absolutistischer zu denken, mithin die Rechtsmacht für sämtliche der in Frage stehenden Territorien allein seine Person, so wäre gar kein Grund vorhanden, die Gesamtheit dieser Territorien nicht als *einen* Staat anzusehen. Wenn wir hingegen bei diesem Beispiel an mittelalterliche Verhältnisse denken, wo die Rechtsmacht für jedes dieser Territorien durch irgendwelche besondere ständischen Mächte samt dem gemeinsamen Herrscher gebildet worden wären, so wäre für die verschiedenen Gebiete keine einheitliche gemeinsame Rechtsmacht vorhanden gewesen, sondern für jedes Gebiet eine andere, und das ist dann allerdings Grund genug, um sie nicht als einen Staat, sondern als so und so viele besondere Staaten anzusehen. Auch daß die deutschen Schutzgebiete mit dem Reiche keine staatliche Einheit bildeten, „weil das Volk dieser Gebiete zwar vom Reiche beherrscht wird, aber mit dem Reichsvolke dessen subjektive Qualität nicht teilt", ist unrichtig. Und desgleichen ist es auch die Behauptung, daß „ein Sklavenstaat, an dessen Spitze etwa ein großer Plantagenbesitzer stände, nur dem Namen nach ein Staat wäre".[1])

Indem Jellinek ferner als das Merkmal der Zugehörigkeit zu dem Volke in subjektiver Eigenschaft den Anspruch an die Staatsgewalt, also das subjektive öffentliche Recht bezeichnet, stellt er sich wieder ganz und gar auf den Standpunkt einer besonderen Staatsart und behauptet vom Staate schlechthin etwas, was nur für eine seiner besondern Erscheinungsformen behauptet werden kann.

---

[1]) „Wenn die antike Staatslehre die Erscheinung des Staates auf freie Menschen beschränkt, so hat sie darin eine ihrer trefflichsten Wahrheiten ausgesprochen" — behauptet Jellinek (a. a. O., S. 395) weiter unter Hinweis auf Aristoteles (*Nic. Ethik,* V, 10 S. 1134 a). Die antike Staatslehre steht dabei vielmehr nur auf dem Boden einer Auffassung, der das gänzliche Hinwegsehen über die Unfreien überhaupt als natürlich erschien; darin müssen wir ihr aber nicht folgen.

§ 98. Staatsorgane.

Wenn die Rechtsmacht irgendwelche ihrer Untergebenen mit der Setzung von (Befehls- oder Versprechens-) Normen, oder mit deren Durchsetzung beauftragt, so nennen wir diese Untergebenen Organe der Rechtsmacht, oder, wieder im übertragenen Sinne, des Staates: Staatsorgane. Der Begriff eines Staatsorganes folgt also nicht aus dem Rechtsbegriff. Ob es irgendwo Staatsorgane gibt, hängt von der Existenz solcher Rechtsnormen ab, die irgendwelche Untergebenen mit dem Setzen oder Durchsetzen von Normen betrauen. Es muß also nicht unbedingt Organe geben; der Begriff des Staatsorganes ist ein juristischer Norminhaltsbegriff. Sobald jedoch ein Staatswesen die primitivsten Entwicklungsstufen überschritten hat, wird seine Rechtsmacht aus praktischen Gründen nicht umhin können, Organe zu bestellen.[1])

Es sind danach zweierlei Untergebene zu unterscheiden: solche, denen ein Normsetzen oder -verwirklichen von der Rechtsmacht befohlen ist, und solche, denen es nicht befohlen ist.

Die Staatsbürgerpflichten an sich machen den Untergebenen noch nicht zum Organ. Wird aber der Soldat mit einer Aufgabe betraut, die ein Befehlen oder ein Durchsetzen von Befehlen erfordert, so ist er ein Organ. Der Geschworene oder vielmehr die Gesamtheit der zur Urteilsfällung verbundenen Geschworenen bilden ein Organ, weil sie zur Ausführung des Strafbefehles mit berufen sind. Ein Amtsdiener oder ein Sachverständiger ist jedoch kein Staatsorgan.

---

[1]) Siehe die ausgezeichneten Bemerkungen AUSTINS (*Lectures*, I^5, S. 244). Der Begriff des Staatsorganes gehört ebenfalls zu denjenigen Begriffen der Staatslehre, die in so vielfach verschiedenem Sinne gebraucht werden, daß sie dadurch nahezu unbrauchbar geworden sind. Daß ein naturwissenschaftlicher Organbegriff, wie ihn die organische Staatslehre zum Ausgangspunkte nimmt, für die Rechtslehre gänzlich unbrauchbar ist, ist von KELSEN (*Hauptprobleme*, S. 453—458) eingehend gezeigt worden. Vgl. dazu noch GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft, XXX, 1874, S. 329 ff.; VAN KRIEKEN, *Über die sogenannte organische Staatstheorie,* 1873.

Auch wer zum Befehlen von der Rechtsmacht bloß ermächtigt, nicht aber verpflichtet ist, wird dadurch nicht zum Organ, wie auch nicht derjenige, der bloß von solch einem Ermächtigten zum Befehlen verpflichtet worden ist (privates Dienstverhältnis).[1]

Es ist hiermit der soziale oder der Wesensbegriff des Staatsorganes bezeichnet worden. (Einen Voraussetzungs- oder Grundbegriff können wir ihn nicht nennen, weil es, wie gesagt, auch — allerdings primitive — Staaten ohne Organe geben kann.) Nun müssen wir aber die Frage sogleich auch vom Standpunkte jener juristischen Theorie beleuchten, die ins Fleisch und Blut unserer Staatslehre übergegangen ist und die die Rechtsmacht dem Staate zuschreibt und folglich in der Rechtssetzung eine Tätigkeit des Staates erblickt, die Souveränität als eine Eigenschaft des Staates auffaßt usw. Dadurch erscheint nämlich die Rechtsmacht selbst als Organ des Staates und auch die von der Rechtsmacht zur Rechtssetzung bestellten Untergebene nicht als Organe dieser, sondern als Organe des Staates.[2] Es gelangen somit nach dieser Auffassung im Begriffe des Staatsorgans sowohl die Rechtsmacht selbst wie die erst von ihr zur Rechtssetzung bestellten Untergebenen auf eine Stufe. Natürlich macht sich dann wieder bald das Bedürfnis fühlbar, innerhalb dieses rechtsinhaltlichen Staatsorganbegriffes eine Scheidelinie zu ziehen. Da aber der Begriff der Rechtsmacht *im* Staate der Staatslehre nur

---

[1]) Dieser Organbegriff fällt somit nicht unter den Einwand Kelsens (*Hauptprobleme,* S. 235), daß man von der Auffassung des Rechtssatzes als eines Befehles zur Organtätigkeit sämtlicher Untergebener gelangen müßte, wie z. B. Fricker in der Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss., XXV, 1869, S. 40/41 den Steuer zahlenden Bürger als Organ des Staates handeln läßt.

[2]) Auch der Weg, der zur Vermeidung dieses Widerspruchs Staat und Herrscher (oder Rechtsmacht) gleichsetzt, führt nicht zum Ziele. So Bornhak, *Preußisches Staatsrecht,* I, 1888, S. 65/66: „Staat und Herrscher sind identische Begriffe. Den einzig richtigen Ausdruck hat Ludwig XIV. diesem monarchischen Prinzip gegeben in seinem viel verkannten Ausspruch: „L'état c'est moi". Der Herrscher ist nicht Träger der Staatspersönlichkeit, sondern mit ihr identisch". Rechtsmacht und Staat sind zwei verschiedene Begriffe, wenn auch der Herrscher für eine Wesensbetrachtung nicht Organ des Staates ist.

zu selten geläufig ist, weil sie an eine scharfe Trennung der juristischen Grundbegriffe von den rechtsinhaltlichen Begriffen nicht gewöhnt ist, so werden die untergeordneten (nicht-souveränen) Organe häufig nicht der Rechtsmacht selbst, sondern irgendwelchen Befehlshabern, die erst in ihrer Gesamtheit die Rechtsmacht bilden, als souveränen Organen gegenübergestellt.

Was wir noch hervorheben wollen, ist die Tatsache, daß die Rechtsmacht selbst wieder erst auf Grund einer juristischen Zurechnung als Organ betrachtet werden kann, es aber für eine Wesensbetrachtung nicht ist. Um eine Benennung lohnt es sich nicht zu streiten. Verba valent usu; und wo der Usus schwankend ist, da ist es auch die Valuta der Wörter. Grundtatsache bleibt, daß sich innerhalb der Gesamtheit der Untergebenen eines Staates, diejenigen, an die Befehle zur Rechtssetzung ergangen sind, von denen unterscheiden lassen, an die nur Befehle andern Inhaltes ergangen sind.[1]

Einen bloß rechtsinhaltlichen Begriff des Staatsorganes erhalten wir, wenn wir darunter die Vollzieher der Handlungen verstehen, die dem Staate zugerechnet werden. Da eine solche Zurechnung nur auf Grund irgendwelcher Norminhalte zustande kommen kann, so erhalten wir dadurch einen an diese Normen gebundenen Begriff des Staatsorgans.

Der Begriff des Organes in der hier entwickelten Wesensbedeutung ist mit dem Begriff einer sekundären Rechtsquelle[2] identisch.[3]

---

[1]) Insofern ist es richtig, wenn KELSEN *(Hauptprobleme,* S. 474 ff.), wohl von anderen Gesichtspunkten aus, die „Legislative" nicht als Organ zuläßt und auch die einzelnen Bestandteile der „Legislative" nicht als Organe anerkennt, da sie (z. B. Parlament, Staatsoberhaupt, eine Kammer des Parlaments, oder die Wählerschaft eines Bezirkes) nur in ihrer Gesamtheit in Betracht kommen, als solche aber die „Legislative" (unsere Rechtsmacht) bilden.

[2]) Siehe unten. § 100.

[3]) Vgl. zum Begriff eines Staatsorgans auch BIERLING, *Kritik,* II, S. 72, 216—221 und *Juristische Prinzipienlehre,* I, S. 181/82, 321 u. II, S. 111; REHM, *Allgemeine Staatslehre,* S. 179; BERNATZIK, *Die juristische Persönlichkeit der Behörden,* Arch. f. öff. Recht. V. 1890, S. 278; PREUSS, *Über Organpersönlichkeit,* SCHMOLLERS Jahrbuch, Bd. XXVI; GERBER,

§ 99. Die Arten der Staatstätigkeit.

Der Begriff der Staatstätigkeit ist kein juristischer Grundbegriff. Es kann erst im Sinne irgendwelcher Normen, die gewisse Tätigkeiten dem Staate zurechnen, von einer Staatstätigkeit gesprochen werden. Und zwar wird entweder die Tätigkeit der Rechtsmacht oder die Tätigkeit ihrer Organe dem Staate zugerechnet.

Die Tätigkeit der Rechtsmacht aber besteht im Setzen und nötigenfalls im Durchsetzen oder Verwirklichen von Normen. Das Verwirklichen gesetzter Normen löst sich aber größtenteils wieder in ein Normsetzen auf, da — wie verschiedenerseits erkannt worden ist — der Zwang schließlich nur dadurch möglich wird, daß auch ein unerzwungenes Befolgen von Normen der Rechtsmacht vorhanden ist. Doch kann — namentlich in primitiven Zuständen — das Erzwingen unmittelbar durch die Rechtsmacht geschehen, womit sich für die Rechtsmacht zweierlei Arten von Tätigkeit: Normsetzen und Normverwirklichen, ergeben.

Wenn diese Funktionen auch als Wollen und Handeln unterschieden werden, so ist eine solche mehr bildliche Sprache nichts weniger als genau. Das Normsetzen ist nicht einfach ein Wollen; es ist mehr als das, es ist Willens*äußerung* und damit bereits zugleich ein Handeln. Und umgekehrt ist es nicht sehr zutreffend, das Erzwingen von Normen als ein Handeln zum Willensentschluß in Gegensatz zu stellen, da es ja bereits ein Wollen mitumfaßt.[1])

Daß auch die Tätigkeit der Organe in nichts anderem bestehen kann, geht aus dem Voranstehenden hervor.

In welchen Beziehungen die vieldeutigen Bezeichnungen von Regierung, Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtspflege usw. zu diesen Tätigkeiten stehen, braucht hier ebensowenig unter-

Grundzüge, S. 72; JELLINEK, *Allgem. Staatslehre*, 2. Aufl., S. 526 ff.; HAENEL, *Deutsches Staatsrecht*, I, S. 85; SEIDLER, *Das juristische Kriterium des Staates*, S. 66/67.

[1]) Vgl. LABAND, *Reichsstaatsrecht*, I, S. 645; HÄNEL, *Studien*, II, S. 187; HÄNEL, *Staatsrecht*, I, S. 243; BR. SCHMIDT, *Der Staat*, S. 30; KELSEN, *Hauptprobleme*, S. 511—513 u. 549/50.

sucht zu werden wie die „verwirrende Fülle von Einteilungsversuchen“,[1] welche die diesbezügliche Literatur hervorgebracht hat.[2]

Festgehalten will werden, daß es unbedingt irreführen muß, wenn gewisse Tätigkeiten der Rechtsmacht *und* der ihr untergeordneten Organe ohne Unterschied unter einen gemeinsamen Namen gebracht werden.[3] Wenn z. B. unter Verwaltung sowohl gewisse Tätigkeiten der Rechtsmacht selbst wie auch ihrer untergebenen Organe zusammengefaßt werden. Eine solche Einteilung kann nimmermehr in die Wesenheiten des Staatslebens einen klaren Einblick gestatten. Und noch verwirrender ist eine Einteilung, die Tätigkeiten der Rechtsmacht und Tätigkeiten der ihr untergebenen Organe als *koordinierte* Staatstätigkeiten nebeneinanderstellt.

Gewöhnlich wird die Scheidung von Rechtsmachtsfunktion und sekundärer Organfunktion unterlassen. Ferner wird — worauf Jellinek nachdrücklich aufmerksam macht — die Frage der Verschiedenheit der Funktionen mit der Verschiedenheit der Organe vermengt, wie wenn besondere Organe notwendigerweise besondere Arten von Funktionen auszuüben hätten.[4] Schließlich wird dann von hier aus die Frage nach den verschiedenen Arten der Staatstätigkeit zu einer Frage nach den verschiedenen Arten der Staatsgewalten. Wenn zwischen der obersten Macht und den ihr untergeordneten Organen einerseits, zwischen Organen und ihren Funktionen andrerseits nicht gehörig unterschieden wird, so ist damit der Grund dazu gelegt, von der Frage der Arten der Staatstätigkeit zur Frage der Teilung der Staatsgewalten und damit gewöhnlich auch noch zu einer Abbiegung dieser Frage ins Rechtspolitische

---

[1] Jellinek, *Allgem. Staatslehre.* 2. Aufl., S. 580.

[2] Austin, *Lectures.* I⁵, S. 251: „Of all larger divisions of political powers, the division of those powers into *supreme* and *subordinate* is perhaps the only precise one“.

[3] Vgl. Austin, *Lectures.* I⁵, S. 249.

[4] Bereits Austin, *Lectures.* I⁵, S. 249: „That the legislative sovereign powers, and the executive sovereign powers, belong, in any society, to distinct parties, is a supposition too palpably false to endure a moments examination“.

abzugleiten. Die Lehre von der Teilung der Gewalten enthält eine unzulässige Verquickung von Voraussetzungs- und rechtsinhaltlichen Gesichtspunkten. Vom Voraussetzungsstandpunkte aus gibt es gar keine verschiedenen Staatsgewalten, sondern nur die einheitliche Rechtsmacht, deren Existenz den Staat erst ermöglicht. Die verschiedenen Bestandteile, aus denen sich eine Rechtsmacht zusammensetzt, dürfen aber nicht wieder als besondere Staatsgewalten auseinandergerissen werden. Vom rechtsinhaltlichen Standpunkt aus hingegen gibt es nur einander über- oder untergeordnete Organe, nicht aber Gewalten.[1])

---

[1]) Richtig Hofacker (*Über die Grenzabscheidung zwischen Strafrechtssprechung und Verwaltung*, 1914, S. 6), indem er ausführt, daß sich: „ein materieller Gegensatz zwischen den Geschäften der Verwaltung und Rechtssprechung aus der Verschiedenheit der inneren Natur der Geschäfte nicht ableiten“ lasse, daß ein solcher Gegensatz vielmehr „nur in einer gesetzlichen Regelung, die etwa die Besorgung der Geschäfte der Rechtssprechung begrifflich von der Besorgung der Geschäfte der Verwaltung unterschieden hat, gefunden werden könnte“. Zustimmend zitiert von Merkl in der Österr. Zeitschr. f. öff. Recht, II, 1915, S. 390. Vgl. bei Kelsen, a. a. O., S. 441, Anm. 1 den Hinweis auf den tiefinnerlichen Gegensatz der Unterscheidung zwischen Legislative und der Exekutive: „Eine Einheit des Staates, der beides umfaßt, ist zweifellos unmöglich. Allein, durch das bloße Wegleugnen des Gegensatzes oder durch die Fiktion, beides seien nur Funktionen desselben Staates, wo doch mit der absoluten Gegensätzlichkeit beider Funktionen stets gerechnet werden muß, ist gar nichts gewonnen. Die über- oder richtiger außerstaatliche Stellung der Legislative, die sich in der vollkommenen Freiheit vom Gesetze, in der prinzipiellen Unmöglichkeit einer rechtlichen Bindung, einer Verpflichtung äußert, die Tatsache, daß die gesamte Legislative nur als eine Voraussetzung für das Gesetz, den Rechtssatz oder Staatswillen und somit für die Staatsperson gelten kann, während die Exekutive gerade nur auf Grund des Gesetzes, in der Realisierung des Staatswillens sich äußert, rechtfertigt die hier durchgeführte Konstruktion, derzufolge wohl die Exekutive, nicht aber die Legislative als Funktion der Staatsperson anzusehen ist . . . Wohl ist die Exekutive eine Funktion des Staates, aber der Staat ist eine Funktion der Legislative“. Vgl. auch noch Mohl, *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaft*, I, S. 280 bis 282; Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, II, S. 230—236; Laband, *Staatsrecht*, II[4], S. 6, 159—175; Seydel, *Bayrisches Staatsrecht*, II, S. 305; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 483—490.

Elftes Kapitel.

Die Quellen des Rechts.

§ 100. Die inneren Rechtsquellen. Primäre und sekundäre.

Unter einer Rechtsquelle wird hauptsächlich zweierlei verstanden. Erstens der Faktor, von dem die Rechtsnormen ausgehen, und dann die Äußerungsform, in der sie erscheinen. Im ersten Sinne pflegt man von inneren, im zweiten von äußeren Rechtsquellen zu sprechen.[1]) Über den Begriff der äußeren Rechtsquellen ist wieder zu bemerken, daß darunter einerseits streng dasjenige verstanden wird, „wodurch der das Recht schaffende Wille zum Ausdruck kommt", also die Äußerungsformen (Worte oder Handlungen) selbst,[2]) andrerseits aber auch die geäußerten Normen. Schließlich werden auch die Arten von Rechtsnormen, die durch die Kombination der irgendwo gegebenen innern Rechtsquellen und ihrer Äußerungsformen entstehen, als Rechtsquellen bezeichnet.

Es wird also unter dem Begriff von Rechtsquellen ganz Verschiedenes zusammengefaßt.

Wenden wir uns nun dem Begriff der innern Rechtsquellen zu, so ist leicht zu erkennen, daß die Quelle, aus der das Recht fließt, letzten Endes die Rechtsmacht des betreffenden Staatswesens selbst ist. Sie ist die Urquelle

---

[1]) Weniger allgemein ist der Begriff einer *materiellen* Quelle des Rechts, der auf den Ursprung des Inhalts eines Rechtssatzes hinweist. In diesem Sinne kann z. B. die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle bezeichnet werden. Demgegenüber wären sowohl unsere inneren als auch unsere äußeren Rechtsquellen als *formelle* zu bezeichnen. Vgl. G. Kiss, *Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht*, Jherings *Jahrbücher*, XXII, S. 62, 72, der den Ausdruck *materielle Quelle* statt Austins *historical sources* vorschlägt. Austin, *Lectures*, II[5], S. 537/38. Wenn Binding, *Handbuch des Strafrechts*, I, 1885, S. 197, Anm. 1, die Kreise, *in denen* sich Recht bildet, als Rechtsquelle bezeichnet, so ist das nur die Folge einer besonderen Ansicht von den rechtsbildenden Faktoren, es sind damit also innere Rechtsquellen gemeint. Über andere Anwendungen des Terminus „Rechtsquelle": Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, S. 40.

[2]) Eisele, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt*, S. 18/19 und Anm. 14.

alles Rechts im Sinne von inneren Rechtsquellen. Alle übrigen inneren Rechtsquellen können nur von ihr herkommen. Wollen wir diese letzteren, also die von der Rechtsmacht mit der Setzung von Rechtsnormen betrauten Faktoren, ebenfalls als Rechtsquellen bezeichnen, so steht dem nichts im Wege, nur kann sodann nicht scharf genug zwischen *primären* oder *unmittelbaren* und *sekundären* oder *mittelbaren* inneren Rechtsquellen unterschieden werden.[1])

Der Begriff der primären Rechtsquelle ist also derselbe Grundbegriff, der uns bereits einmal als Rechtsmacht und ein andermal als Verfassung im weitern Sinn entgegengetreten ist. Wir werden eben an verschiedenen grundlegenden Punkten der Rechts- und Staatslehre immer wieder auf diesen Hauptbegriff zurückgeführt.

Der Begriff einer sekundären Rechtsquelle aber umfaßt unsern Begriff eines Staatsorganes. Eine sekundäre Rechtsquelle muß es nicht unbedingt geben, es läßt sich ein Staatswesen *denken*, in dem es keine Organe oder sekundären Rechtsquellen gibt. Ein solches Staatswesen kann aber nur ein ganz primitives sein; die höhere Entwicklung führt unausbleiblich zur Einsetzung sekundärer Rechtsquellen.

Über diese läßt sich folglich auch gar nichts Allgemeingültiges bestimmen. Welcher Art sie sind, wie viele es ihrer gibt, sind Fragen, die nur aus einem Rechtsinhalt heraus beantwortet werden können. Diesem Unterschiede gemäß haben wir auch zwischen primären und sekundären Rechtsnormen zu unterscheiden[2]) und müssen auch für diese die Grundlehre

---

[1]) Austin, *Lectures*, II[5], S. 510, 514, 525, 531/32. Austin bemerkt, daß der bildliche Ausdruck einer Quelle bereits unangebracht ist, wenn auch der sekundäre Urheber einer Rechtsnorm als ihre Quelle bezeichnet wird. Denn im eigentlichen Sinne des Wortes entspringen nur die Rechtsnormen einer Quelle, die unmittelbar von der höchsten Macht stammen. Die Normgeber, denen diese Befugnis nur übertragen worden ist, könnten eher Behältern verglichen werden, die von der Quelle alles Rechts gespeist werden und aus denen das der Quelle entstammende Recht wieder weitergeleitet wird.

[2]) Unserer Unterscheidung primärer und sekundärer Rechtsnormen, die ja durchaus nichts Unbekanntes enthält, die aber sonderbarerweise von der Theorie der Rechtsquellen nicht konsequent durchgeführt wird,

wiederholen, daß sich über die sekundären nur aus dem Inhalte irgendwelcher primären Normen irgend etwas entnehmen läßt. Eine Aussage über irgend eine sekundäre Rechtsnorm kann also keine allgemeingültige Wahrheit, sondern nur die Wiedergabe einer Rechtsbestimmung sein. Sowohl für das Gebiet, auf das sie sich erstrecken kann, wie für den Zeitpunkt, mit dem ihre Geltung beginnt, oder endet, ebenso hinsichtlich der Verhältnisse, auf die sie sich erstrecken kann, kommt alles auf den Inhalt der primären Norm an, durch die sie zustande gekommen ist. Dasselbe gilt auch für die Frage, ob es in dem betreffenden Rechtssystem überhaupt sekundäre Rechtsnormen gibt, ferner: ob es daselbst bloß eine oder mehrere sekundäre Rechtsquellen gibt; ob diese dann wieder untereinander im Verhältnis der Koordination stehen. Es muß eben, wie gesagt, keine sekundären Rechtsquellen geben, es kann aber auch eine komplizierte Hierarchie derselben geschaffen worden sein. Es ist kein Grund vorhanden, in einem solchen System über- und untergeordneter innerer Rechtsquellen an irgend einem Punkte willkürlich halt zu machen; auch der Befehl des Kanzleivorstands an den Kanzleidiener ist ein Rechtssatz. Der Begriff der sekundären inneren Rechtsquellen endet erst an dem Punkte, wo auch der Begriff des Staatsorganes sein Ende findet: wo weiter keine Rechtspflicht mehr zum Normsetzen vorliegt, sondern eine bloße Befugnis.[1])

Allgemeingültig läßt sich nur sagen, daß es auch sekundäre Rechtsquellen geben *kann*, und daß alles weitere über sie nur dem Inhalte der sie setzenden primären zu entnehmen ist.

Allerdings können in primären Rechtsnormen auch über diese selbst ähnliche Bestimmungen enthalten sein wie über sekundäre. Es entstehen dadurch nur für das betreffende Rechtssystem gültige Rechtsinhaltsbegriffe der primären Rechtsnormen. Doch haben solche Bestimmungen eine ganz

---

kommt die nachdrückliche Gegenüberstellung der *superordinierten* und *subordinierten* Normen BIERLINGS (*Juristische Prinzipienlehre*, I, S. 107—117, II, S. 123) nahe, allerdings in einer durch seine Anerkennungstheorie einigermaßen entstellten Gestalt.

[1]) Irrtümlich bei AUSTIN, II[5]. S. 524. Vgl. auch BROWN, *The Austinian Theory of Law*, S. 46, Anm.

andere Bedeutung als die auf sekundäre Rechtsnormen bezüglichen; denn neben diesen Rechtsbegriffen der primären Rechtsnormen kann kein System der Jurisprudenz des von jedwedem Rechtsinhalt unabhängigen Wesensbegriffes der primären (inneren) Rechtsquelle entraten. Es ist ein ähnliches Problem wie das des Rechtsbegriffes, der doch ebenfalls nicht rechtsinhaltlich bestimmt werden kann; wie das Problem des Begriffs der Rechtsmacht, der nicht erst durch die Rechtsmacht gesetzt sein kann; wie das Problem der Verfassung, die nach Aristoteles den Gesetzen vorangeht und nicht den Gesetzen zu entnehmen ist.

Primäre Rechtsnorm ist nämlich jede unmittelbar von einer Rechtsmacht an ihre Untergebenen gerichtete Norm — ohne jede weitere Beschränkung. Wenn irgendwelche primären Rechtsnormen nun doch beschränkende Bestimmungen über primäre Rechtsnormen aufstellen, so sind wir dadurch nur auf das Legitimitätsproblem zurückgeführt. Solche Beschränkungen haben nicht unbedingt die Kraft, den ihnen widersprechenden Normen einer Rechtsmacht den Rechtscharakter zu nehmen, sondern möglicherweise bloß die Bedeutung, innerhalb des Begriffes einer primären Rechtsnorm den Unterschied der legitimen (nach Maßgabe von früheren Rechtsnormen entstandenen) und illegitimen (durch Verletzung von Rechtsnormen zustandegekommenen) primären Rechtsnormen hervorzubringen.[1])

---

[1]) Die Behauptung Stammlers (*Theorie,* S. 138), daß die Lehre von den Rechtsquellen nur als ein Kapitel aus dem Inhalte einer besondern Rechtsordnung auftrete, ist demnach nicht richtig. „Ob eine Gewohnheit“ — meint Stammler — „in bestimmtem Umfange und in gewisser Weise als Grund für neues rechtliches Wollen zu gelten habe, das sind Fragen, die zunächst den Besonderheiten eines gegebenen geschichtlichen Rechts angehören und nur als solche aufgenommen und beantwortet werden können“. Es ist vielmehr zwischen primären und sekundären Rechtsquellen und aus diesen fließenden Normen zu unterscheiden, und während für diese alles auf die „Besonderheiten eines gegebenen geschichtlichen Rechts“ ankommt, lassen sich für jene allgemeingültige Sätze aufstellen. Der Voraussetzungscharakter der Lehre von den Rechtsquellen ist richtig erkannt bei Adickes, *Zur Lehre von den Rechtsquellen,* S. 2/3: „Das Thema bedingt von vornherein ein Zurückgehen auf den letzten Grund der Entstehung und Geltung alles Rechts, d. h. also eine Aufsuchung und Feststellung derjenigen Momente und

§ 101. Die äußeren Rechtsquellen. Ausdrücklich und nicht ausdrücklich geäußerte. Die vier Grundarten der Rechtsquellen.

Es ist ein grundlegender Unterschied der Willensäußerungsmöglichkeiten überhaupt, daß sie entweder ausdrückliche oder nicht-ausdrückliche sein können. Ausdrücklich ist die Äußerung, wenn die Zeichen, deren sie sich bedient, gar keinen andern Zweck haben als eben die Äußerung; nicht-ausdrücklich ist sie dagegen, wenn sie bloß in einer zu anderem Zwecke vorgenommenen Handlung mitenthalten ist und aus dieser nur als Folgerung gewonnen werden kann. Es ist der Fall der konkludenten Handlung oder der sogen. „stillschweigenden" Willenserklärung.

Diesen Unterschied können wir auch in bezug auf die Äußerungsformen von Rechtsnormen machen. Es ist der Unterschied, der nach der hergebrachten Terminologie auch durch die Arten des geschriebenen und des Gewohnheitsrechts bezeichnet wird.

Das Verhältnis des ausdrücklich gesetzten Rechts zum nicht-ausdrücklich gesetzten läßt sich jedoch nicht für alle Unter-

---

Voraussetzungen, welche die Annahme der Existenz eines Rechtssatzes überhaupt notwendig bezw. gerechtfertigt erscheinen lassen, und zwar nicht etwa nur im Interesse der Einreihung der Rechtstheorie in ein philosophisches System, sondern wesentlich und unmittelbar im Interesse der Anwendung und Pflege des geltenden Rechts". Damit verträgt sich aber nicht gut der vorhergeschickte Satz: „Die über die Rechtsquellen als geltend aufzustellenden Sätze sind anerkanntermaßen selbst ein Teil des Rechts, speziell des öffentlichen Rechts" (a. a. O., S. 2). Es fehlt hier wieder die Erkenntnis des Unterschiedes zwischen dem Voraussetzungsbegriff und dem Rechtsinhaltsbegriff der (primären) Rechtsquellen. Der Mangel dieser Unterscheidung ist es auch, der Adickes zu der Annahme führt, in der subjektiven Vernunft eine unmittelbare Rechtsquelle zu sehen, wobei sich auch noch der Mangel einer Unterscheidung von primären und sekundären Rechtsquellen fühlbar macht (a. a. O., S. 6). Zu bemängeln ist ferner bei Adickes auch das Unterfangen, bei der Lösung dieser Fragen ohne eine Definition des Rechts auskommen zu wollen (a. a. O., S. 12, Anm. 18), wiewohl doch der Ausgangspunkt Adickes' auf eine solche geradezu hinzusteuern scheint.

Vgl. auch Bruno Schmidt, *Gewohnheitsrecht*, S. 2: „Wenn man feststellen will, worin das Wesen des jus non scriptum besteht, wird man sich vor allem über das genus, von welchem es die eine species darstellen soll, d. h. darüber klar sein müssen, was Recht überhaupt ist".

arten dieser Kategorien in gleicher Weise feststellen, sondern es ist sowohl für das ausdrücklich wie für das nicht-ausdrücklich gesetzte Recht auf den Unterschied des primären und des sekundären Rücksicht zu nehmen.

Durch die Kreuzung dieser beiden Einteilungsprinzipien gewinnen wir *die unvermeidlichen vier Grundkategorien jedes entwickeltern Rechtsquellensystems:* 1. primäres ausdrückliches, 2. primäres nicht-ausdrückliches, 3. sekundäres ausdrückliches, und 4. sekundäres nicht-ausdrückliches Recht.

Es läßt sich das Verhältnis von ausdrücklichem und nicht-ausdrücklichem Recht nicht allgemein, sondern immer nur mit Rücksicht darauf feststellen, ob die in Rede stehenden Normen beide primäre oder beide sekundäre Rechtsnormen, oder ob eine von ihnen eine primäre, die andere hingegen eine sekundäre Rechtsnorm ist.

Solange irgendeine Rechtsmacht von der einen Ausdrucksform keinen Gebrauch macht, besteht diese natürlich für das betreffende Rechtssystem in bezug auf die primären Normen nicht, und so lange ist die Frage nach dem Verhältnis dieser beiden Arten von primären Rechtsnormen für das betreffende System überhaupt nicht aktuell geworden. Sobald hingegen eine Rechtsmacht von beiden Arten des Ausdruckes Gebrauch macht, ist die Frage da und kann nur im ausgeführten Sinne, dahin entschieden werden, daß die Ausdrucksform für die Geltung der primären Rechtsnormen unmaßgeblich ist, mithin alle möglichen von irgend einer Rechtsmacht gebrauchten Ausdrucksformen notgedrungen gleichwertig nebeneinander stehen.

Über das sekundäre nicht-ausdrückliche Recht läßt sich hingegen ebensowenig etwas Allgemeingültiges sagen wie über das sekundäre ausdrückliche. Da wir zu einer sekundären Rechtsquelle überhaupt nur durch eine primäre Rechtsnorm gelangen können, so ist diese auch hinsichtlich sämtlicher Bedingungen und Begrenzungen für jene maßgebend. Ob also irgend eine sekundäre Rechtsquelle auch zur nicht-ausdrücklichen Setzung von Normen ermächtigt ist oder nicht, und falls sie es ist, ob diese den ausdrücklich gesetzten Normen derselben Rechtsquelle gleichgestellt sind, kann immer

nur als Frage eines besonderen Rechtsinhaltes entschieden werden.[1])

Dagegen gilt für die primären nicht-ausdrücklich gesetzten Normen der Satz, daß sie mit den primären ausdrücklichen vollkommen gleichwertig sind. Es kann für die primäre Rechtsquelle oder die Rechtsmacht überhaupt keine Äußerungsform ausgeschlossen sein, und es kann *eine* Äußerungsform der Rechtsmacht keine größere Kraft besitzen als eine andere. Eine derartige Beschränkung oder ein solcher Vorrang könnte doch wieder nur von einer primären Rechtsnorm herrühren, und so müßte wieder für diese die Frage erhoben werden, in welcher Form sie geäußert sein müsse, um vor der

---

[1]) In aller Deutlichkeit bei Bierling, *Juristische Prinzipienlehre,* IV, S. 299: „Auch die Geltung des Gewohnheitsrechts, soweit es nicht erster Ordnung ist, (hängt) von der Übereinstimmung mit gewissen superordinierten — gesetzlichen oder erstklassigen gewohnheitsrechtlichen — Normen ab". Bereits Thomas v. Aquino lehrt *(Summa theol.,* II, 1, Qu. XCVII, art. 3): Si vero multitudo non habet liberam potestatem condendi sibi legem, vel legem a superiori potestate positam removendi tamen ipsa consuetudo in tali multitudine praevalens obtinet vim legis, in quantum per eos toleratur, ad quos pertinet multitudini legem imponere, ex hoc enim ipso videntur approbare. — Siehe Kelsen, a. a. O., S. 50: „Der Fall der Derogierung eines formell existenten Rechtssatzes durch Gewohnheit ist stets nur dann gegeben, wenn er durch die Behörden konstant nicht angewendet wird; und dabei ist es gleichgültig, ob dieser Rechtssatz in der Mehrzahl der Fälle, in denen sein Tatbestand vorlag, befolgt wurde oder nicht. Die Gründe, aus denen ein Rechtssatz trotz seiner formellen Existenz von den Behörden nicht angewendet wird, sind sehr mannigfache. Nur einer unter vielen ist die kontinuierliche Verletzung seitens der Untertanen". Vgl. auch die Lehre Gregors IX.: *Nemo sanae mentis intelligit, naturali iuri* (worunter das geoffenbarte Recht zu verstehen ist) *quaecunque consuetudine* (worunter die Gewohnheiten der Menschen zu verstehen sind) *posse aliquatenus derogari.* Durch Gewohnheit (der Menschen) kann natürlich niemals das göttliche Recht, sondern höchstens unter gewissen Umständen das von Menschen gesetzte, sogen. positive Recht entkräftet werden. Vgl. auch das Dekret Gratians sowie auch die Glosse desselben bei Brie, *Das Gewohnheitsrecht,* I, S. 69. 180/81. Ferner H. Noldin S. J., *Summa theologiae moralis,* I[5], S. 201: Consuetudo abrogare non potest legem naturalem, quia haec est immutabilis, nec legem positivam divinam, quia vis consuetudinis ab auctoritate humana derivatur, nempe a consensu legislatoris humani; atqui auctoritas humana nihil potest contra legem divinam; sed abrogare solum potest legem ecclesiasticam".

andern Form einher zu gehen. Wenn in der Form der einen Äußerungsart ausgesagt wird, daß die andere ungültig oder von bloß geringerer Kraft sei, so ist es ja gerade die Frage, ob die Norm, die das bestimmt, die höhere ist. Da der Rechtscharakter einer Norm daher kommt, daß sie von der Rechtsmacht gesetzt ist, so kann der einen Äußerungsform dieser Macht nicht mehr Kraft zustehen als der andern. Wir müssen also dem primären nicht-ausdrücklichen Recht die gleiche Geltung zuschreiben wie dem primären ausdrücklichen. Es kann geschriebenes Recht durch Gewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt werden.

§ 102. Die Rechtsgültigkeit des gesetzlich verbotenen primären Gewohnheitsrechts.

Wie nun, wenn eine ausdrücklich geäußerte primäre Norm sich doch über die nicht-ausdrücklich geäußerten setzte? Wenn ein Gesetz das primäre Gewohnheitsrecht ganz verböte oder ihm Schranken setzen und mindestens das einem Gesetze zuwiderlaufende Gewohnheitsrecht verbieten wollte? Es wäre das einfach nur ein Versuch einer rechtsinhaltlichen Bestimmung dessen, was Recht sei, und als solcher unverbindlich. Die Bedeutung einer solchen Bestimmung wäre wieder nur die, die dem Unterschiede einer legitimen Rechtssetzung von einer illegitimen zukommt. Das gesetzlich verbotene primäre Gewohnheitsrecht wäre durch ein solches Verbot nicht unmöglich gemacht; die nicht- ausdrückliche Normsetzung der Rechtsmacht bliebe trotz eines solchen Verbots nichtsdestoweniger Recht: es wäre ein gelinder Fall der illegitimen Rechtssetzung.[1]) Das trotzdem zustande gekommene primäre Gewohnheitsrecht würde selbst jenes Gesetz aufheben, das die gesetzaufhebende Kraft des Gewohnheitsrechts bestimmt.[2])[3]) Hebt eine lex in perpetuum valitura die Möglich-

[1]) Vgl. Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,* I, 1906, S. 79.

[2]) Das Sprichwort: Hundert Jahre Unrecht getan wird nimmer Recht getan (Graf und Dietherr, *Rechtssprichwörter,* I. Hauptst., Nr. 187) ist demnach nur im ethischen, nicht im juristischen Sinne des Wortes ‚Recht' zutreffend.

[3]) Vgl. Anderssen, *Das Gewohnheitsrecht,* in Grünhuts Zeitschr., XXXVII, S. 368 und die daselbst in Anm. 6 angeführte Literatur.

keit ihrer Abschaffung auf? Sicherlich nicht. Ihre Abschaffung ist bloß — streng genommen — ebenfalls ein Fall illegitimer Rechtssetzung. Woher kommt es nun, daß ein gesetzlich verbotenes Gesetz nichtsdestoweniger Gesetzeskraft erlangt? Daher, daß die Gesetzeskraft weiter nichts bedeutet, als daß von einer Norm der Rechtsmacht die Rede ist. Es kann folglich das Prinzip: lex posterior derogat priori durch keinerlei Schranken aufgehalten werden. Der Gesetzgeber kann sich nicht über sich selber erheben und Schranken der Gesetzgebung errichten. Wenn er es trotzdem versucht, so haben solche Gesetze eben eine ganz andere Bedeutung als andre. Der Ausdruck seines geänderten Willens fegt sie nichtsdestoweniger hinweg. Da er sie sich selber setzt, sind es Versprechensnormen, über deren Bedeutung das Notwendige bereits gesagt worden ist, denen aber keineswegs die Bedeutung zukommt, daß sie unabänderlich wären. Die Rechtsmacht erschwert sich wohl die Schaffung gewisser Normen dadurch, daß sie verspricht, dieselben nicht zu setzen, aber sie macht sich dadurch diese Setzung nicht unmöglich.

Wie die schlechthin verbotene Abänderung eines Gesetzes nichtdestoweniger rechtsgültig ist, wenn sie trotzdem erfolgt, so ist auch die in gewisser Form verbotene Abänderung ebensogut rechtsgültig — immer vorausgesetzt, daß sie von der Rechtsmacht selbst ausgeht.[1])

Daher die oft gemachte Erfahrung, daß Gesetzesvorschriften, die das Gewohnheitsrecht schlechthin aufheben wollten, unwirksam geblieben sind.[2])

[1]) Vgl. H. Noldin S. J., *Summa theologiae moralis*, I^5, S. 202: „Legitima consuetudo abrogare potest etiam *legem expresse* prohibentem contrariam consuetudinem". — Die derogierende Kraft der Gewohnheit leugnen, heißt zwar nicht, wie Fleischmann im *Handbuch der Politik*, I, S. 284 sagt: „sich gegen Naturgesetze auflehnen" — aber es heißt, das Wesen des Rechts verkennen.

[2]) So neuerdings Gmür (*Die Anwendung des Rechts*, 1908, S. 83) für manche Kantone der Schweiz: „Das ungeschriebene Recht, im Mittelalter noch übermächtig, wurde seit dem Anfang des 19. Jahrhunderts vom geschriebenen in den Schatten gestellt. Aber so ganz bedeutungslos und ohnmächtig ist es doch nicht geworden, ja *es hat sogar in denjenigen Kantonen, wo man ihm durch eine gesetzliche Bestimmung den Lebensfaden abschneiden wollte, sich als unlösbar und stärker selbst als das Gesetz ausgewiesen*" (vgl. auch ebenda S. 95).

Bereits EISELE[1]) lehrte mustergültig: „Schon darüber hat der Gesetzgeber keine Gewalt, wie viele Arten von Rechtsquellen es gebe. Sofern man nämlich unter ‚Rechtsquelle' dasjenige versteht, wodurch der das Recht schaffende Wille der Gemeinschaft zum Ausdruck kommt, kann es nur zwei Hauptarten von Rechtsquellen geben, nicht mehr, aber auch nicht weniger: so gewiß jeder Wille entweder in Worten oder in Handlungen sich äußern muß, wenn er sich äußert. Etwas anderes ist natürlich die Frage, ob bei einem bestimmten Volke in einer bestimmten Zeit beide Rechtsquellen in Tätigkeit sind, oder nur die eine, oder die eine in höherem Grade als die andere. Mit dem Verhältnis der beiden Rechtsquellen zueinander verhält es sich nicht anders als mit der Frage, wie viele Rechtsquellen es gibt. Dieses Verhältnis ergibt sich aus dem Wesen der beiden Rechtsquellen und unterliegt nicht der Verfügung der einen von ihnen".

Nur dem kann nicht mehr beigepflichtet werden, wenn EISELE auch noch hinzufügt: „Daraus folgt, daß wenn der Gesetzgeber über dieses Verhältnis einen Ausspruch tut, diesem der Charakter eines Rechtssatzes nicht zukommt". Ein Rechtssatz bleibt er nicht minder. Es liegt gar kein Grund vor, seine Verletzung nicht als Rechtsbruch anzusehen. Zu betonen ist nur, daß der Akt der Setzung von *primärem* Recht nicht notwendigerweise dadurch vereitelt wird, daß dieser selbige Akt die Verletzung eines ältern primären Rechtssatzes bedeutet.

KELSEN[2]) geht in dieser Richtung noch weiter und findet nicht nur die *verbotene*, sondern überhaupt jede Aufhebung eines ausdrücklich gesetzten Rechtssatzes durch Gewohnheit oder den „Vorgang eines bloß faktischen Außerkraftsetzens von Rechtssätzen — wie er es nicht eben sehr glücklich nennt — rechtlich völlig unfaßbar". „Der Fall der Derogierung eines formell existenten Rechtssatzes durch Gewohnheit ist stets nur dann gegeben, wenn er durch die Behörden nicht angewendet wird." „Die Nichtanwendung eines formell be-

---

[1]) EISELE, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt*, S. 19/20.

[2]) KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, S. 50.

stehenden Rechtssatzes oder die Anwendung eines formell nicht existenten durch die Staatsorgane ist ein tatsächliches Versagen der Rechtsordnung, das eben darum juristisch nicht konstruiert werden kann, weil alle juristische Konstruktion auf dem tatsächlichen Funktionieren der Rechtsordnung beruht". Kelsen stellt bereits diesen Fall mit Revolution oder Verfassungsbruch gleich und betrachtet ihn also als eine Frage „metajuristischer Natur".

Diese Annahme beruht jedoch wieder auf dem Fehlen des Begriffs der Rechtsmacht und auf der damit zusammenhängenden Unterlassung der Unterscheidung primären und sekundären Gewohnheitsrechts. Sie geht also letzten Endes auf einen falschen Begriff der Rechtsordnung zurück. Diese wird einfach mit der durch das *ausdrückliche* primäre Recht gesetzten Ordnung gleichgesetzt, was eben nicht angeht. Es ist wieder ersichtlich, worauf bereits oben[1]) hingewiesen worden ist, wie sehr die Jurisprudenz nicht umhin kann, auf jene Seinstatsachen, die mit dem Rechtsbegriff zusammenhängen, Rücksicht zu nehmen. Die Jurisprudenz kann nicht umhin, diese vorjuristischen Annahmen zu machen, damit sie selbst möglich werde.

Es ist auch nicht richtig, wenn Kelsen bereits die Aufhebung des Gesetzesrechts durch Gewohnheitsrecht schlechthin mit allen Fällen von Verfassungsbrüchen auf eine Stufe stellt: denn ein Fall illegitimer Rechtsentstehung liegt erst vor, wenn diese Aufhebung auch noch *verboten* ist.

Aber selbst für diesen Fall sowie für andere Fälle der illegitimen Rechtsentstehung ist die Formel Kelsens, sie ständen einfach „jenseits der Grenzen formaler Rechtsbetrachtung",[2]) nicht genügend. Es kann eine Revolution freilich nicht juristisch gerechtfertigt werden, aber es gibt Merkmale dafür, ob irgend ein illegitimer Akt als ein rechtsetzender zu betrachten ist oder nicht; und *diese* Betrachtung anzustellen, kann auch die Jurisprudenz nicht umhin. Die Entwicklung

---

[1]) §§ 1 u. 9.

[2]) A. a. O., S. 50/51.

des englischen Parlamentarismus müßte ansonsten juristisch als ein Zustand permanenter Verfassungsbrüche aufgefaßt werden![1])

§ 103. Exkurs über die Bindingschen „vier Formen alles Rechts".

Binding[2]) versucht mit Hilfe seiner Unterscheidung von Rechtsgedanken und Rechtswillenserklärung zur Begründung einer Theorie der Rechtsquellen zu gelangen und gründet sie gleichfalls auf eine Vierteilung: „Besteht nun jeder Rechtssatz aus zwei Bestandteilen, dem Rechtsgedanken und der Rechtswillenserklärung, und kann jeder Gedanke und jeder Wille auf zwei Weisen, durch Worte und durch konkludente Handlungen, erklärt werden, so steht mathematisch fest, daß das Recht jeder Quelle *der Form seiner Erklärung nach* vier und nur vier Formen, nicht aber, wie man heute noch stets unter Verkennung einer ganzen Anzahl von Erscheinungen lehrt, nur zwei Gestalten annehmen kann".

„1. *Rechtsgedanke und Rechtswille werden beide durch ausdrücklich ihnen gewidmete Worte erklärt, sie beide werden gesetzt.*"

„2. *Rechtsgedanke und Rechtswille werden beide nicht gesetzt, sondern durch konkludente Handlungen erklärt.*"

„Zwischen diesen beiden extremen Formen gibt es aber noch zwei Übergangsgestalten":

„3. *Die Rechtsquelle approbiert ausdrücklich einen Rechtsgedanken, der nicht gesetzt ist.* Sie erhebt vielleicht aus-

---

[1]) Hatschek (*Konventionalregeln oder über die Grenzen naturwissenschaftlicher Begriffsbildung im öffentlichen Rechte,* im Jahrb. d. öff. Rechts, III, 1909, S. 1 ff.) bezeichnet einen Teil des Gewohnheitsrechts, insbesondere das, welches Gesetzesrecht aufhebt, als ein Nichtrecht, als Konventionalregel. Es steckt dahinter erstens ein Rechtsbegriff, der auf das Begriffsmerkmal der Legitimität gestellt ist, und weiterhin fehlt dabei die Abgrenzung der Konventionalregeln Hatscheks gegenüber der Sitte, ganz abgesehen davon, daß der Ausdruck Konventionalregel bereits in einem anderen Sinne in Beschlag genommen ist, als in dem er von Hatschek angewendet wird. Vgl. über Hatschek auch Kelsen, *Hauptprobleme,* S. 103—105.

[2]) Binding, *Handbuch des Strafrechts,* I, 1885, S. 199.

drücklich eine Exzerptensammlung aus Schriftstellern zum geltenden Recht, wie Justinian in der Constitutio Tanta vom 16. Dez. 533 getan hat, oder sie legt ausdrücklich den Präjudizien oberster Gerichtshöfe Gesetzeskraft bei."

„4. Ist hier nur die Willenserklärung gesetzt, der Rechtsgedanke nicht, so ist auch das Umgekehrte denkbar."

„*Die Rechtsquelle formuliert den Rechtsgedanken, gibt aber nur durch konkludente Handlungen zu erkennen, daß er bindende Regel für die Zukunft sein soll.* So kann eine gesetzgebende Versammlung, die zugleich richterliche Gewalt in sich vereinigt, in ihrem Urteil den diesem zugrunde gelegten Gedanken formulieren und durch das Urteil zu erkennen geben, daß sie diesem Gedanken rechtliche Autorität beilegen will."

Diese Bindingschen „vier Formen alles Rechts" eignen sich jedoch nicht zur Aufnahme aller möglichen Gattungen von Rechtsquellen. Die dritte Form Bindings: „Die Rechtsquelle approbiert ausdrücklich einen Rechtsgedanken, der nicht gesetzt ist", hat nämlich nur dann einen Sinn, wenn es sich um ausdrückliche primäre Approbation nicht ausdrücklichen sekundären Rechts handelt. Dann sind aber zwei Rechtsquellen und zwei Rechtssätze zu unterscheiden: der primäre Rechtssatz, daß die nicht ausdrücklich gesetzte Norm irgend einer sekundären Quelle Rechtsnorm sei, und jene nicht ausdrücklich gesetzte Norm dieser sekundären Quelle. Und wer die Bindingsche Unterscheidung von Rechtswillen und Rechtsgedanken festhalten wollte, müßte diesen Unterschied für beide Normen besonders durchführen. Es geht nicht an, den auf jene primäre Norm bezüglichen „Rechtswillen" mit dem „Rechtsgedanken" der sekundären zu einer Norm zusammenzuziehen. Auch sind die Beispiele, die Binding für seinen Fall 3 gewählt hat, ganz unzutreffend. Erhebt eine Rechtsquelle „ausdrücklich eine Exzerptensammlung aus Schriftstellern zum geltenden Recht", so liegt es auf der Hand, daß nicht die dritte, sondern die erste Form vorliegt, nämlich, daß sowohl der Rechtswille wie der Rechtsgedanke ausdrücklich gesetzt sind. Der Umstand, daß die Rechtsquelle die von ihr zu Rechtssätzen erhobenen Sätze nicht selbst ausgedacht, sondern aus Schriftstellern exzerpiert hat, kann jene Sätze doch un-

möglich zum *ungesetzten* Recht machen.[1]) Die betreffenden Sätze *waren* vielleicht ungesetztes Recht, solange ihnen nur die Autorität jener Schriftsteller vor den Gerichten Geltung verschafft hat; sobald jedoch eine Exzerptensammlung ausdrücklich approbiert worden ist, liegt gerade ein klassisches Beispiel von ausdrücklich gesetzten Rechtsgedanken vor.

Wieder anderer Art ist das zweite Beispiel, das Binding für seine dritte Form anführt: Die Rechtsquelle „legt ausdrücklich den Präjudizien oberster Gerichtshöfe Gesetzeskraft bei". Hier haben wir es deutlich mit zwei verschiedenen Rechtsquellen: der primären und der sekundären (die obersten Gerichtshöfe) zu tun. Warum Binding die in der Form von Präjudizien zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedanken als ungesetzte betrachtet, ist nicht recht zu verstehen, da er doch ein paar Zeilen weiter als Beispiel für seine vierte Form den im Urteil formulierten Rechtsgedanken als einen ausdrücklich gesetzten anführt.

Eine besondere Hervorhebung der Form 4 hätte noch eher einige Berechtigung. Es sei hier der „Rechtsgedanke" formuliert, seine Erhebung zur Rechtsregel aber nicht. Das zur Beleuchtung dieser Form gewählte Beispiel Bindings trifft aber wieder nicht zu. Ein durch eine gesetzgebende Versammlung gefälltes Urteil ist nämlich eine für den dadurch entschiedenen Einzelfall sowohl in Hinblick auf den „Rechtsgedanken" wie hinsichtlich des „Rechtswillens" ausdrücklich gesetzte Rechtsnorm und gehört daher in dieser Beziehung zur Form 1. Ob durch ein solches Urteil eine allgemeine Norm ausgedrückt sein will, ist eine weitere Frage. Ist dies aber im Urteil nicht ausdrücklich gesagt, so fehlt nicht nur die ausdrückliche Setzung jenes Bindingschen Rechtswillens, sondern auch die ausdrückliche Setzung dessen, was er „Rechtsgedanken" nennt. Denn die Frage, ob der für den Einzelfall ausgedrückte Rechtsgedanke unverändert allgemein gelten, oder ob er für andre Fälle nur mit gewissen Veränderungen zur Anwendung kommen soll, ist

[1]) Dieser Fall ist vom hier in Betracht kommenden Gesichtspunkt aus völlig identisch mit dem Fall, „wo sich der Gesetzgeber einen fremden Gesetzentwurf aneignet", und den Binding (a. a. O., S. 200, Anm. 9), ohne zu zögern, zu seiner Form 1 rechnet.

bereits nicht ausdrücklich gesetzt. Es fehlt also für die Zukunft auch ein ausdrücklich gesetzter Rechtsgedanke, und in dieser Beziehung fällt das Beispiel unter die Bindingsche Form 2.

Man könnte vielleicht meinen, ein geeigneteres Beispiel für die Bindingsche Form 4 sei, daß eine Rechtsquelle einem „Rechtsbuche“ stillschweigend Rechtskraft verleiht. (Man denke etwa an die Rezeption des römischen Rechts.) Man könnte meinen, das Rechtsbuch, welches die „Rechtsgedanken“ enthält, sei formuliert, der „Rechtswille“, es solle gelten, hingegen nicht. Wenn jedoch ein ausdrücklicher Hinweis fehlt, so läßt sich die Frage, was hier „Rechtsgedanke“ sei, ob das betreffende Rechtsbuch unverändert in seinem ganzen Umfang zur Anwendung gelangen solle oder nicht, doch nur aus den in den einzelnen Fällen *stillschweigend*, also nicht ausdrücklich geäußerten Erklärungen der Rechtsmacht beantworten. Was in solchem Falle „Rechtsgedanke“ ist, geht also wieder nur a posteriori aus der nichtausdrücklichen Äußerung hervor, es hat also keinen Sinn, hier den Rechtsgedanken als ausdrücklich gesetzten zu bezeichnen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn auch der „Rechtswille“, er solle als Recht gelten, ein ausdrücklich geäußerter wäre. Die ausdrückliche Form der Rechtsgedanken hat hier gewissermaßen nur ähnliche Bedeutung wie eine nachträgliche Aufzeichnung des Gewohnheitsrechts, welche dadurch freilich *von diesem Zeitpunkte an* dem ausdrücklich gesetzten Rechte nahekommt.

Die Bindingsche Auseinanderhaltung von Rechtswillen und Rechtsgedanken und die hierauf gegründete Vierteilung des Rechts „der Form seiner Erklärung nach“ ist demnach zu verwerfen. Der Form seiner Erklärung nach kann das Recht, wie es seit jeher gelehrt wurde, nur zwei Gestalten annehmen. Es ergeben sich aber vier Grundformen für jede Rechtsquellentheorie durch die Verbindung der Erklärungsformen mit den Arten der Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit dieser Erklärungsformen, und der von Binding richtig gerügten „Verkennung einer ganzen Anzahl von Erscheinungen“ von Rechtsgestaltungen in der herrschenden Rechtsquellentheorie läßt sich erst von dieser Unterscheidung aus beikommen.

§ 104. Der juristische Grundbegriff des Gesetzes und der rechtsinhaltliche Gesetzesbegriff. Die Verordnung.

Wir haben durch die Einteilung sämtlicher Rechtsnormen in mittelbare und unmittelbare, ausdrücklich und nicht ausdrücklich geäußerte vier Grundarten von Rechtsnormen gewonnen, ohne die eine widerspruchslose und klare Theorie der Rechtsquellen nicht ausgeführt werden kann. Die Kategorie der unmittelbar ausdrücklichen Quellen kann als Gesetz bezeichnet werden, nur möchten wir das Gesagte nicht mit terminologischen Streitfragen beschweren. (Es wird nämlich manchmal auch eine sekundäre Rechtsquelle als Gesetz bezeichnet. Wenn z. B. die Rechtsmacht irgendwo in Form des Plebiszits zum Ausdruck gelangt, so ist daselbst die sogen. Legislative nur mehr ein Organ der Rechtsmacht, und ihre Normen sind nicht primäres Recht.) Jedenfalls bedarf die Rechtswissenschaft des Begriffes eines ausdrücklich geäußerten primären Rechts, sie möge es bezeichnen wie sie will. Sie wird es sowohl vom ausdrücklich gesetzten sekundären wie vom nichtausdrücklichen primären zu unterscheiden haben.

Die primäre und ausdrückliche Normsetzung durch irgendwelche Rechtsnormen zu beschränken, ist ebensowenig möglich als die Beschränkung der primären nicht ausdrücklichen Normen. Etwaigen Rechtssätzen, die gewisse Formen oder sonstige Bedingungen für die Gültigkeit der primären ausdrücklichen Rechtsnormen — also der Gesetze — vorschreiben, kommt bloß dieselbe Bedeutung zu wie den Rechtssätzen, die Bedingungen für die Gültigkeit des primären Gewohnheitsrechts vorschreiben oder es überhaupt verbieten. Für das sekundäre ausdrückliche Recht lassen sich hingegen solche Bedingungen ebensogut aufstellen wie für das sekundäre Gewohnheitsrecht und, sekundäre Normen, die unter Verletzung solcher durch primäre gesetzten Bedingungen zustandekommen, sind keine Rechtsnormen. Aber für das primäre Recht hat die Aufstellung solcher Bedingungen wieder nur *die* Bedeutung, daß sie eine Scheidelinie zwischen legitim und illegitim zustandegekommenen Gesetzen zieht, nicht aber die, daß sie eine Scheidewand zwischen Recht und Nicht-Recht aufstellte. Wir ge-

langen dadurch, zum Unterschied von unserem Voraussetzungs- und Grundbegriff des Gesetzes, zu einem bloß rechtsinhaltlichen Gesetzesbegriff.

Die rechtsinhaltlichen Merkmale eines Gesetzes sind häufig nichts andres als Angaben darüber, in welchen Händen die Rechtsmacht tatsächlich ist. In diesem Falle fällt der rechtsinhaltliche Gesetzesbegriff mit dem Grundbegriff des Gesetzes natürlich zusammen. Denn derartige Merkmale des Gesetzes besagen bloß, daß von anderen Faktoren als von der Rechtsmacht geschaffene Normen eben keine primären sein, also keine Gesetzeskraft haben können. Es ist das dieselbe Frage wie die der juristischen Bestimmung der Verfassung, mit der wir uns bereits beschäftigt haben.

Es pflegt aber auch noch andre rechtsinhaltliche Gesetzesmerkmale zu geben, die keine Umschreibung der tatsächlich vorhandenen Rechtsmacht enthalten, sondern gewisse Formalitäten für die Norm-Äußerungen der Rechtsmacht vorschreiben. Z. B., daß nur Normen, die nach in bestimmter Weise gepflogenen Verhandlungen, in einer bestimmten äußern Form erscheinen, Gesetzeskraft haben. Hierüber gilt dann das vorher Gesagte.[1])

Bereits Eisele[2]) wirft die Frage auf: „Hat ein Gesetzesparagraph, welcher lautet: was in diesem Gesetze bestimmt ist, kann innerhalb der nächsten fünf Jahre gesetzlich nicht geändert werden, nicht einen wenigstens *diesen* Gesetzgeber bindenden Inhalt?“ Eisele verneint die Frage gegenüber v. Martitz,[3]) der sie bejaht. Er vermengt aber in seiner Beweis-

---

[1]) Der eminent praktische Sinn der alten Römer bewahrte sie davor, ein fehlerhaftes Gesetz für schlechthin ungültig zu erklären. Vgl. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, 3. Teil, 1. Abt., S. 222/23: „— solange der Senat nicht die Aufhebung desselben verfügt hat, ist es für jedermann verbindlich. Das Gesetz ward nicht für *nichtig* erklärt, sondern es ward *aufgehoben*, m. a. W. dieser Akt hatte keine rückwirkende Kraft, sondern er wirkte erst von jetzt an, alle Verfügungen, Maßregeln, Urteile usw., die auf Grund des Gesetzes getroffen und gesprochen waren, blieben demnach gültig; der Schuldige ward zur Verantwortung gezogen“.

[2]) Eisele, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt.* Freiburger Programm, 1885, S. 12.

[3]) v. Martitz, *Der konstitutionelle Begriff des Gesetzes,* Zeitschr. f. d. ges. Staatsw., XXXVI, 1880, S. 264.

führung die beiden Fragen: 1. Hat ein einem solchen Gesetz zuwiderlaufendes Gesetz Gesetzeskraft? Und 2. Bedeutet ein solches Gesetz einen Rechtsbruch? Es müssen nämlich beide Fragen bejaht werden. Ein Gesetz, das den Gesetzgeber hinsichtlich der Form oder des Inhaltes seiner zukünftigen Gesetzgebung bindet, hat die Bedeutung, daß der Gesetzgeber wohl nicht dawiderhandeln *darf*, es hat aber nicht auch notwendigerweise die Bedeutung, daß er diesem Gesetz nicht zuwiderhandeln *kann*, und daß nicht auch durch ein solches Dawiderhandeln Recht entstehe. Ob auch dies der Fall ist, oder nicht, entscheidet sich nicht mehr nach dem Recht, sondern danach, ob der betreffende Gesetzgeber in der betreffenden Gesellschaft auch noch im Falle solchen Dawiderhandelns Rechtsmacht bleibt oder nicht. Das Problem des den Gesetzgeber in bezug auf seine Gesetzgebung einschränkenden Gesetzes läßt sich also nur durch die Unterscheidung des legitimen und des illegitimen Gesetzes und durch die Erfassung der Versprechensnorm und ihrer Bedeutung befriedigend lösen.

Jedenfalls besteht ein gewaltiger Unterschied zwischen einem Gesetz, das der Rechtsmacht etwas vorschreibt, und einem Gesetz, das über die Rechtssetzung einer sekundären Macht Bestimmungen enthält. Während diesem außer der Bedeutung, daß der betreffende Machthaber *nicht* anders als nach der Vorschrift handeln *darf*, auch noch die weitere Bedeutung zukommt, daß durch seine dem Gesetze zuwiderlaufende Normsetzung keine Rechtsnorm zustande kommt, kommt dem Gesetze, das dem Gesetzgeber Bedingungen setzt, die letztere Bedeutung nicht unbedingt zu. Das Recht kann bestimmen, was Recht sein *soll*, aber es kann nicht unbedingt hintanhalten, daß etwas, was seiner Maßgabe nach nicht hätte Recht sein sollen, nicht trotzdem Recht *sei*. Hier sind wir an der äußersten Grenze der juristischen Regelung angelangt und berühren bereits jene Tatsächlichkeiten, auf denen die juristische Regelung beruht. Ebenso, wie eine Theorie der Rechtsquellen ohne den Voraussetzungsbegriff der ausdrücklich gesetzten primären Rechtsnorm nicht denkbar ist, kann sie — mindestens für einigermaßen entwickelte Zustände — auch den Begriff einer ausdrücklichen sekundären,

oder auch tertiären usw. Rechtsnorm nicht entbehren. Ob wir diese sekundären Rechtsnormen gegebenenfalls samt den ihr untergeordneten (tertiären usw.) Normen als *Verordnungen* bezeichnen wollen oder nicht, ist natürlich ebenso gleichgültig wie die Frage, ob wir die ausdrückliche primäre Rechtsnorm Gesetz nennen.[1])

Ebenso einleuchtend ist es, daß nach anderer Seite hin zwischen allgemeinen Rechtsnormen und solchen, die eine Einzelverfügung enthalten,[2]) unterschieden werden kann und daß dieser Unterschied wieder ganz unabhängig davon ist, ob die betreffende Rechtsnorm eine primäre oder eine abgeleitete ist. Wenn die primären Einzelbefehle mit demselben Terminus (Verordnung) bezeichnet werden wie die abgeleiteten ausdrücklich gesetzten Rechtsnormen, seien diese nun allgemeine oder Einzelbefehle, so ist eine derartige unvollständige Disjunktion einer Klärung der Begriffe nicht zuträglich.

Ein formales Gesetz ist also eine ausdrücklich gesetzte Rechtsnorm, die von einer bestimmten Macht herrührt; ein materielles Gesetz dagegen eine ausdrücklich gesetzte Rechtsnorm, die einen bestimmten Inhalt hat. Dem entsprechend ist dann auch ein formaler und ein materieller Begriff der Verordnung zu unterscheiden.

Es sind demnach drei verschiedene Gesetzesbegriffe auseinander zu halten: der Voraussetzungsbegriff des Gesetzes oder die ausdrücklich gesetzte primäre Rechtsnorm; der formale Gesetzesbegriff oder die einem bestimmten Rechtsinhalte entsprechend ausdrücklich gesetzte Rechtsnorm; der materielle Gesetzesbegriff oder die ausdrücklich gesetzte Rechtsnorm von bestimmtem Inhalt. Es ist schier unglaublich, daß die Staatsrechtslehre so vielfach ohne den Voraussetzungsbegriff eines Gesetzes zu arbeiten versucht. So bedeutet z. B. der *materielle* Gesetzesbegriff Labands nur soviel als *jus scriptum*, also sowohl primäres wie sekundäres ausdrückliches Recht, mithin einfach den Gegensatz zum Gewohnheitsrecht;[3]) sein

---

[1]) Vgl. dazu M. Fleischmann, *Die materielle Gesetzgebung*, im *Handbuch der Politik*, I, S. 273.

[2]) Siehe oben, § 20.

[3]) Siehe Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, II[4], S. 1ff., 10, 56.

formaler Gesetzesbegriff hingegen nur einen „Willensakt des Staates, der in einer bestimmten feierlichen Weise zustande gekommen und erklärt worden ist“.[1]) Dieser formale Gesetzesbegriff kommt zwar nach dem Wortlaute der LABANDschen Ausführungen unserem Rechtsinhaltsbegriffe des Gesetzes ziemlich nahe, obwohl LABAND dabei, wie es scheint, eigentlich nur an Erklärungen denkt, die von der Rechtsmacht in bestimmter Form abgegeben worden sind, die jedoch keine Normen zu sein brauchen; mithin auch den Begriff damit decken will, der wieder in einem andern Sinne als formales Recht oder formales Gesetz[2]) bezeichnet wird, der also gar kein Recht ist.[3])

---

[1]) Ebenda S. 57/58.

[2]) Siehe oben § 61.

[3]) Auf den verschiedenen Gebrauch des *Terminus* Gesetz näher einzugehen, hätte für uns keinen Zweck. Siehe diesbezüglich die bei LABAND (a. a. O., S. 1, Anm.) angeführte Literatur. — Die LABANDsche Unterscheidung von Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl (siehe a. a. O., S. 3 ff. und die S. 5, Anm. 2 angeführte Literatur) ist nicht glücklich. Es handelt sich dabei schließlich nur darum, was durch die Gegenüberstellung des Norminhalts und der Normart, insbesondere der juristischen Natur von Normen viel zutreffender ausgedrückt werden kann.

Noch weniger ist der Meinung LABANDS zuzustimmen, daß im konstitutionellen Staate die Volksvertretung bloß zur Bestimmung des Gesetzesinhaltes, der Monarch hingegen zur Erteilung des Gesetzesbefehles berufen wäre. Da hat die ältere Auffassung, gegen die LABAND ankämpft, entschieden das Richtigere getroffen. Ein konstitutioneller Staat bedeutet eben im gewöhnlichen Sinne, daß die Rechtsmacht durch Monarch und Volksvertretung zusammen gebildet ist. Der Rechtsmacht aber steht die Bestimmung des Gesetzesinhaltes zu, den sie allerdings nicht selbst zu erfinden braucht, sondern nehmen kann, woher sie will, während dasjenige, was durch den LABANDschen Begriff des Gesetzesbefehls ausgedrückt werden will, nichts andres bedeutet, als daß ein bestimmter Norminhalt von der Rechtsmacht gefordert wird. Vgl. dazu KELSEN, *Hauptprobleme,* S. 414—416. — Zum Begriff des Gesetzes siehe noch F. v. MARTITZ, *Über den konstitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht,* Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss., XXXVI, 1880, S. 207—274; G. MEYER, *Begriff des Gesetzes,* in Grünhuts Zeitschr., VIII, 1881; SELIGMANN, *Der Begriff des Gesetzes (Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag);* HÄNEL, *Studien,* II; ANSCHÜTZ, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellem Gesetz,* 1891; JELLINEK, *Gesetz und Verordnung;* DUGUIT, *L'état, le droit objectif et la loi positive,* 1901, S. 502 bis 612; SCHOEN, *Die formellen Gesetze,* im *Handbuch der Politik,* I, S. 284/85;

§ 105. Das Gewohnheitsrecht.

Dem ausdrücklich gesetzten Rechte steht das nicht-ausdrücklich gesetzte gegenüber. Will man es a fortiori Gewohnheitsrecht nennen, so ist dagegen nichts einzuwenden, nur ist dann sorgfältig darauf zu achten, daß dieser weitere Begriff von Gewohnheitsrecht nicht mit jenem engern verwechselt werde, der dann entsteht, wenn die nicht-ausdrückliche Äußerung der Rechtsnorm durch öftere Wiederholung einer Handlung zustande kommt. Es darf nicht, wie das häufig der Fall ist, dem ausdrücklich gesetzten oder „geschriebenen" Recht dieses im engern Sinne verstandene Gewohnheitsrecht gegenübergestellt werden, sonst fallen aus einem solchen System der Rechtsquellen die wohl nicht-ausdrücklich, jedoch nicht auf dem Wege der Gewohnheit gesetzten Normen heraus. Solche können aber sowohl als primäre wie auch als sekundäre Normen in Betracht kommen. Sodann ist auch darauf zu achten, daß wir unter Gewohnheitsrecht im weitern Sinne nicht etwa bloß durch kollektive Gewohnheiten, also durch Gewohnheiten einer Gruppe von Menschen gesetzte Normen zu berücksichtigen haben, sondern auch die in der Form von individuellen Gewohnheiten stillschweigend zum Ausdruck gelangenden Normen nicht außer acht lassen dürfen, da ja allenfalls auch eine Einzelperson primäre oder sekundäre Rechtsquelle sein kann.

Weiterhin ist zur Herausarbeitung des Begriffes des Gewohnheitsrechts und zur Feststellung seiner Arten der Unterschied zwischen bloß faktischer und normsetzender Gewohnheit zu berücksichtigen. Gewohnheit an sich bedeutet bloß die mehr oder weniger unbewußte, automatische öftere Wiederholung einer Handlung. Es ist also erst eine bloße Tatsächlichkeit und nicht notwendigerweise auch der Ausdruck einer dahingehenden Forderung, daß diese Tatsächlichkeit künftig auch weiterhin beobachtet werde. Es

---

G. Meyer-Anschütz, *Staatsrecht*, 6. Aufl., 1905, S. 549 ff. und Anm. 1, S. 560 ff., wie auch die dort zitierte Literatur; Kelsen, *Hauptprobleme*, S. 540 ff. und die dort zitierte Literatur.

kann im Gegenteil mit dem Vorhandensein einer (individuellen oder kollektiven) Gewohnheit das Bestreben der sie Befolgenden verknüpft sein, sich ihrer zu entledigen. Es gibt Gewohnheiten, die selbst von denen, die sie befolgen, als schlechte, als nicht zu befolgende Gewohnheiten angesehen werden. Ob eine Gewohnheit als stillschweigender Ausdruck eines Sosein-Sollens aufzufassen ist oder nicht, ist Tatsachenfrage.

Ein fernerer Punkt, der Beachtung verdient, ist, daß die durch eine Gewohnheit stillschweigend geäußerte Rechtsnorm auch ihrem Inhalte nach unmittelbar aus der Gewohnheit hervorgegangen sein kann, oder daß ihr Inhalt schon vorher in einer anderen Normart (z. B. als Konventionalnorm) gesetzt gewesen sein und der Rechtscharakter erst nachträglich hinzugekommen sein kann. M. a. W. es braucht nicht jede Gewohnheitsrechtsnorm aus einer Volkssitte hervorzugehen, sondern es kann sowohl eine Sittennorm in eine rechtliche übergehen, wie auch eine Norm des Gewohnheitsrechts unmittelbar entstehen.

Die falsche Auffassung des Gewohnheitsrechts als eines immer nur aus der Rechtsüberzeugung des Volkes hervorgehenden Rechts beruht oft bloß auf einem vermeintlichen inhaltlichen Rechtsbegriff. Es steckt dahinter oft nichts andres als die Meinung, daß Normen, die sich auf Dinge beziehen, die gewöhnlich durch das Recht bestimmt zu werden pflegen, Rechtsnormen seien; wogegen doch feststeht, daß eine rechtliche Norm mit einer Konventionalnorm ganz gleichlautend sein kann, und daß es nur auf den Urheber ankommt, ob die Norm eine rechtliche ist oder nicht. Man meint, daß, wenn sich im Volksleben durch Gewohnheit irgend eine Norm über Vertragschließen oder Erblassung herausbildet, diese bereits zufolge ihres Inhalts eine Rechtsnorm sein müsse, und daß, falls eine solche Norm durch die Gerichte befolgt wird, die Rechtsnorm nicht erst durch diese Befolgung zustande gekommen sei, sondern daß sie bereits als Rechtsnorm festgestanden hätte und von den Gerichten bereits als solche aufgegriffen worden sei. Wogegen die Norm, die im Volksleben beobachtet wird, daraufhin immer nur eine Norm der Sitte sein kann, sei sie welchen Inhalts immer, und zu einer Rechtsnorm nur durch die aus-

drückliche oder die stillschweigende Anerkennung seitens der Rechtsmacht werden kann.[1])

Wir haben hier ein Beispiel für die Wichtigkeit eines festumschriebenen Rechtsbegriffs. Es ist nun einleuchtend, daß wir ohne einen solchen auch zu keiner sichern Theorie der Rechtsquellen gelangen können und ohne diese wiederum manche Fragen der Rechtstheorie, die bereits auch eine praktische Bedeutung haben, nicht befriedigend zu lösen vermögen. Die Vernachlässigung aller dieser und noch mancher anderen Unterschiede, deren wir noch gedenken werden, in erster Linie aber die gewöhnlich noch mitlaufende Unterlassung der Unterscheidung des primären und des sekundären Gewohnheitsrechts, haben diesen Teil der Theorie der Rechtsquellen zu einem höchst verworrenen werden lassen, von dem aus sich Unklarheiten über weite Gebiete der Jurisprudenz verbreiten.

Soll unter „Gewohnheitsrecht" alles nicht-ausdrücklich gesetzte Recht verstanden werden, so ergeben sich sehr verschiedene Arten von Gewohnheitsrecht, die gewöhnlich nicht gehörig unterschieden werden, obwohl sie ganz verschieden zu behandeln sind. Soll hingegen unter Gewohnheitsrecht nur die eine oder die andere dieser Arten verstanden werden, so sind dem Gewohnheitsrecht verschiedene andere Formen von nicht-ausdrücklich gesetztem Recht an die Seite zu stellen.

Wir wollen einige dieser Möglichkeiten noch näher beleuchten.[2])

---

[1]) Sehr klar bei AUSTIN, *Lectures,* II, S. 523: „A custom, as such, independently of legislative sanction is not a law, but a moral rule (im AUSTINschen Sinne des Wortes). When it has been embodied or promulged in a statute, or made the ground of a judicial decision, it has the force of law: but then it is statute law built on an anterior custom, or law established by a judicial decision of which anterior custom was the basis or principle" (vgl. auch *ebenda* S. 543).

[2]) Mit der rechtäußernden Bedeutung bestimmter Gewohnheiten ist die juristische Bedeutung der Gewohnheit natürlich noch nicht erschöpft. Die Gewohnheiten haben auch als Willensäußerungen der Untergebenen eine juristische Bedeutung, auch wenn durch diese Äußerung keine Rechtsnorm gesetzt wird. Die Gewohnheit ist die ständige Begleiterin aller unserer Willensäußerungen. Sie ist schließlich auch die

§ 106. Die Arten des Gewohnheitsrechts.

Die Rechtsmacht kann durch ihr gewohnheitsmäßiges Verhalten in nicht-ausdrücklicher Weise Rechtsnormen zum Ausdruck bringen, deren Inhalt sie nicht anderen Normarten entnommen hat, aber sie kann sich auch den Inhalt von Konventionalnormen auf diesem Wege zu eigen machen. Wird der Inhalt einer Koventionalnorm nicht auf diesem Wege der nicht-ausdrücklichen Äußerung, sondern entweder als ausdrücklich gesetzte Rechtsnorm wiederholt oder verweist eine ausdrücklich gesetzte Rechtsnorm ausdrücklich auf den Inhalt gewisser Konventionalnormen und erhebt diesen dadurch zum mittelbaren Gesetzesinhalt, so liegt weiter kein Problem vor. Es ist in solchem Falle in die Augen springend, daß zweierlei Arten von Normen ähnlichen Inhalts zu unterscheiden sind. Es ist klar, daß die Rechtsnorm in solchen Fällen nicht durch die Gewohnheit derjenigen entstanden ist, die die Konventionalnorm hervorgebracht haben. Diese haben es eben nur bis zur Schaffung der Konventionalnorm gebracht.[1]) Der Rechtscharakter ist ihr aber erst durch die Rechtsmacht verliehen worden.

Es pflegt jedoch die Erhebung einer Konventionalnorm zur Rechtsnorm seitens der Rechtsmacht nicht immer in so aus-

---

Grundlage der Sprache, so daß ohne eine Berücksichtigung der betreffenden Gewohnheiten weder die Rechtsnorm noch die rechtlich erheblichen Willensäußerungen der Parteien richtig verstanden werden können. Die Gewohnheit ist überall die natürliche Ergänzung der Äußerungen sowohl der Rechtsmacht wie der Privaten; sie umgibt uns wie die Luft. Diese Bedeutung ist jedoch von jener besonderen Bedeutung, die wir als Gewohnheitsrecht bezeichnen, strengstens zu unterscheiden. Vgl. z. B. Dernburg, *Das bürgerliche Recht,* I, S. 77: „Von dem Gewohnheitsrecht zu unterscheiden ist der bloße *Geschäftsgebrauch* — häufig Usance genannt —, also was im Verkehr bei Geschäften gewisser Art tatsächlich Regel ist. Es wird vermutet, daß die Beteiligten das Gebräuchliche bei ihren Geschäften wollten. Dasselbe bildet also im Zweifel einen Bestandteil ihrer Willenserklärungen".

[1]) Vgl. Oertmann, *Rechtsordnung und Verkehrssitte,* 1914, S. 18: „Die regelmäßige Befolgung des Satzes durch das ‚Volk' kann nicht entscheiden: eine solche findet sich auch, vielfach in ungleich stärkerer Weise, bei den Sätzen der Sitte".

drücklicher Weise zu geschehen, sondern es kommt vor, daß sich die Rechtsmacht den Inhalt einer Konventionalnorm stillschweigend aneignet. In solchen Fällen kann der Anteil der Rechtsmacht an der Rechtswerdung der betreffenden Norm leicht übersehen werden, und es kann leicht dazu kommen, daß eine durch die Volksgewohnheit geschaffene Konventionalnorm, aus der eine Rechtsnorm ihren Inhalt geschöpft hat, mit dieser Rechtsnorm selbst, die ihr Entstehen erst einer Gewohnheit der Rechtsmacht verdankt, verwechselt wird. Es sind in diesem Falle die zweierlei Gewohnheiten dieser zwei verschiedenen Quellen auseinander zu halten.[1])

Dieser Zusammenhang von Tatsachen des Gewohnheitsrechts erleidet aber noch eine fernere Verwicklung, wenn sich die Rechtsmacht eine Konventionalnorm nicht unmittelbar stillschweigend zu eigen macht, sondern wenn das durch ein Organ geschieht und die Rechtsmacht erst diese sekundäre Normsetzung wiederum stillschweigend gutheißt und dadurch zur rechtlichen macht. In diesem Falle sind nämlich drei Stufen in der Bildung der Gewohnheitsrechtsnorm zu unterscheiden: erstens die Bildung der betreffenden Konventionalnorm im Wege der Gewohnheit gewisser Volksgruppen, zweitens die Aneignung dieser Norm durch ein Organ im Wege der Anwendung, also wiederum durch Gewohnheit, und schließlich drittens die Gutheißung dieses Anwendens durch die Rechtsmacht durch stillschweigende Billigung und mangelnden Widerspruch oder gar durch tätiges Mitwirken bei der Verwirklichung solcher Normen, also in der Regel wiederum im Gewohnheitswege.

Dieser komplizierte Weg der dreifachen Gewohnheit ist aber der gewöhnlichste und findet in der Regel dann statt, wenn der durch die Rechtsmacht eingesetzte Richter gewissen Entscheidungen Konventionalnormen zugrunde legt

[1]) Bereits Hobbes lehrte (*Leviathan*, part. 2, chap. 26): „When long Use obtained the authority of a Law, it is not the Length of Time that maketh the Authority, but the Will of the Soveraign signified by his silence (for Silence is sometimes an argument of Consent); and it is no longer Law, then the Soveraign shall be silent therein". — Ausgezeichnet bei Austin, *Lectures*, II[5], S. 536/37.

und die Rechtsmacht dagegen keinen Widerspruch erhebt, sondern nötigenfalls auch noch die Durchsetzung solcher Entscheidungen zwangsweise bewerkstelligt. Es ist klar, daß die Gewohnheitsnorm, die solchen Richtersprüchen zugrunde liegt, an sich noch keine Rechtsnorm ist; dazu wird sie erst dadurch, daß sich der durch die Rechtsmacht eingesetzte Richter beim Urteilsspruch danach richtet *und* daß die Rechtsmacht solche Urteilssprüche als in ihrem Namen gefällte anerkennt und ihnen nötigenfalls auch noch mit der ihr zu Gebote stehenden physischen Kraft Geltung verschafft. Erst diese Umstände machen in solchem Falle aus der bloßen Konventionalnorm eine Rechtsnorm.

Dieser Sachverhalt ist auch daraus klar ersichtlich, daß die Bildung eines richterlichen Gewohnheitsrechts nicht gerade auf die Gewohnheitsnorm des Volkes oder irgendwelcher Volksteile zurückzugehen braucht, sondern sehr wohl auch mit einer Gewohnheit des Gerichtes anheben kann. Es ist auch hier wieder unerheblich, ob der Beweggrund einer Gerichtspraxis eine volkstümliche Konventionalnorm war, oder ob sich die betreffende Praxis aus einem andern Grunde entwickelt hat. Es kann also aus der richterlichen Praxis sehr wohl auch ein Gewohnheitsrecht entstehen, das durchaus nicht auf irgendwelche vorrichterlichen Gewohnheitsnormen zurückgreift. In diesen Fällen übernimmt der Richter den Norminhalt nicht der Gewohnheit der Untergebenen, sondern schafft in seinen Sprüchen auch den Norminhalt selbst.

Auch ist es möglich, daß der Richter die Norm, die er bei einer Fallentscheidung anwendet, nicht der Konvention, sondern der Moral entnimmt, also seinem ethischen Gefühl folgt.

Es lassen sich demnach unter den Obersätzen der Richtersprüche, die nicht Rechtsnormen als Obersätze anwenden, u. a. solche unterscheiden, die vom Richter selbst geschaffen wurden, dann solche, die der Moral, und solche, die einer Konvention entlehnt sind.

Eine der Ursachen, die dazu geführt haben, daß man im Wege des richterlichen Urteils geschaffene Rechtsnormen mit ihnen zugrunde liegenden Konventionalnormen verwechselt

hat, erkannte bereits Austin[1]), indem er darauf hinwies, daß der richterliche Rechtssetzer eigentlich urteilend vorgeht und deshalb auch dort, wo er eine neue Norm schafft, dem Anschein nach eine alte anwendet.

Da der Richter in der Regel nicht neues Recht zu setzen, sondern nach bereits gesetztem zu entscheiden hat, so ist die richterliche Entscheidung gewöhnlich eine Entscheidung nach einer bestehenden Rechtsnorm. Selbst wenn der Richter nicht nach bestehendem Recht entscheidet, erscheint die Entscheidung gewöhnlich doch als eine nach dem bestehenden Recht getroffene. Dies verführt nun zu der Annahme, daß auch das erst in der Entscheidung auftauchende Recht bereits vor ihr vorhanden gewesen sein müsse, daß das Urteil es nicht erst schaffe, sondern bereits vorfinde. Ist nun das also geschaffene neue Recht seinem Inhalte nach einer Sittennorm entnommen, so wird die Quelle dieser Sittennorm und die Quelle der aus ihr geschaffenen Rechtsnorm nur allzuleicht verwechselt.

Die stillschweigende Gutheißung einer sekundären (gewöhnlich einer richterlichen) Gewohnheitsnorm seitens der Rechtsmacht kann selbst in Fällen statthaben, wo diese Norm mit einer primären Rechtsnorm im Widerspruche steht. Es hat sodann den Anschein, als ob eine primäre Rechtsnorm, selbst eine ausdrücklich gesetzte, durch eine sekundäre Gewohnheitsnorm beseitigt werden könnte, und in dieser irrtümlichen Auffassung der Tatsachen liegt dann wieder der eigentliche Grund mancher mystischen Rechtstheorien über die angeblich geheimnisvolle Kraft des Gewohnheitsrechts verborgen. In Wahrheit ist es jedoch immer jenes primäre Gewohnheitsrecht der Rechtsmacht selbst, das die betreffende primäre Rechtsnorm zu beseitigen imstande ist. Nur dadurch, daß die Rechtsmacht die einer primären Norm widersprechende Rechtsnorm nicht unmöglich macht, ja sie verwirklicht und sich sie dadurch stillschweigend zu eigen macht, wird jene primäre Rechtsnorm abgeschafft. Es ist also ein primäres Gewohnheitsrecht, das sie abschafft, denn es ist ein primäres Gewohnheits-

---

[1]) *Lectures on Jurisprudence*, II⁵, S. 531—536.

recht, dem jenes sekundäre richterliche überhaupt sein Dasein und seine Wirksamkeit verdankt.[1] Zur bessern Einsicht in die Natur der richterlichen Rechtsbildung ist es zweckdienlich, uns[2] daran zu erinnern, daß die richterliche Tätigkeit nicht notwendigerweise einem besondern Organ übertragen zu sein braucht, sondern von der Rechtsmacht selbst ausgeübt werden kann. Es ist allgemein bekannt, daß das in früheren Zeiten die Regel war. Der eigentliche Zweck eines Urteiles war auch in solchen Fällen — bemerkt Austin — die Entscheidung eines besonderen Falles. Doch führte es gar oft zur Schaffung einer neuen Norm. „Wenn das bestehende Recht kein auf den vorliegenden Fall passendes Prinzip enthielt, oder wenn jene oberste Instanz nichts davon wußte, oder wenn es ihr nicht paßte und sie es zu beseitigen wünschte, entschied sie den eben vorliegenden Fall einfach auf einer neuen Grundlage, wodurch diese gewöhnlich ebensogut zur Rechtsnorm wurde, wie wenn sie ausdrücklich als eine solche erklärt worden wäre."

Die Heranziehung dieses Beispiels wirft helles Licht auf die Tatsache, daß es bei der richterlichen Rechtsbildung nicht auf eine Besonderkeit ankommt, die in der Fallentscheidung liegt, und auch nicht darauf, ob ihr etwa eine Volksgewohnheit als Grundlage dient. Geradeso wie die Rechtsmacht selbst unmittelbar, sowohl ausdrücklich als nicht ausdrücklich, Recht setzen kann, und geradeso wie ihr als eine mögliche Form der nicht-ausdrücklichen Rechtssetzung die Fallentscheidung dienen kann, so kann auch ein sekundärer Faktor sowohl zu ausdrücklicher wie zu nicht-ausdrücklicher Rechtssetzung und auch wieder zur nicht-ausdrücklichen Rechtssetzung im Wege richterlicher Fallentscheidung ermächtigt sein, und auch diese Ermächtigung kann wiederum sowohl ausdrücklich wie im Wege konkludenter Handlungen erfolgt sein.

---

[1]) In ganz analoger Weise kann natürlich auch ein an sich widerrechtliches Verhalten von *Verwaltungsorganen* durch ein widerspruchsloses Hinnehmen seitens der Rechtsmacht in ein rechtliches umgestempelt werden. Vgl. Bruno Schmidt, *Das Gewohnheitsrecht,* 1899, S. 18; Über das richterliche Gewohnheitsrecht, ebenda S. 36—41.

[2]) Mit Austin, *Lectures,* II[5], S. 520.

Auch ist es nützlich, sich dessen zu erinnern, daß die Rechtsmacht einem sekundären richterlichen Gewohnheitsrecht gegenüber auf sehr verschiedenem Standpunkte stehen kann, m. a. W. daß die Frage nach dem Vorhandensein und der Ausdehnung eines richterlichen Gewohnheitsrechts, *da es ein sekundäres Recht ist,* eine rechtsinhaltliche, nicht aber eine juristische Voraussetzungsfrage ist,[1]) was nur zu häufig übersehen wird.

Dagegen ist es unrichtig, wenn Austin[2]) alles Gewohnheitsrecht auf die Form des Richterrechts zurückzuführen bestrebt ist. Erstens braucht das Gewohnheitsrecht gar nicht immer aus der Entscheidung von Einzelfällen hervorzugehen, und zweitens kann nicht jede Rechtssetzung für einen besonderen Fall als richterliche Tätigkeit bezeichnet werden, denn diese ist ja nur die Entscheidung eines Streites zwischen Parteien. Wenn aus dem übereinstimmenden Verhalten des Staatsoberhauptes und des Parlamentes eine Stellungnahme über die Art und Weise der Einbringung von Gesetzesvorlagen oder der Ernennung von Ministern hervorgeht, so begründet es ein Gewohnheitsrecht, ohne eine richterliche Tätigkeit zu sein.[3])

---

[1]) Siehe z. B. Gmür, *Die Anwendung des Rechts,* 1908, S. 96: „Der Juristenstand hat in der Schweiz nie die prävalierende Rolle gespielt wie z. B. in Deutschland; *die Demokratie würde es nicht vertragen,* wenn die Gerichte in öffentlicher Weise als Rechtserzeugungsfaktoren auftreten wollten".

[2]) Austin, a. a. O., II[5], S. 531—533, 538/39, 543: „When the law or rule is introduced obliquely, the proper purpose of its immediate author or authors is the decision of a specific case or a specific point of question" (S. 531). Und: „(Customary law) is but a species of judiciary law, or of law introduced by sovereign or subordinate judges as properly exercising their judicial functions" (S. 543).

[3]) G. Kiss, der die Auffassung des Gewohnheitsrechts als einer Äußerungsform im Gegensatz zur Auffassung desselben als eines seinem Inhalte nach aus der Volkssitte hervorgegangenen Rechts neuerdings (*Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht,* in Jherings Jahrb., XXII, S. 62—74) energisch vertreten hat, versucht alles Gewohnheitsrecht auf Gesetzesauslegung zurückzuführen. Entweder werde nämlich durch den Gesetzgeber auf Volksgewohnheiten als einen mittelbaren Gesetzesinhalt hingewiesen, aus dem dann die Rechtsprechung Rechtssätze bildet, oder es handle sich um die Ergebnisse der richterlichen Gesetzesauslegung.

Aus dem Gesagten ergibt sich, wie wir uns zu dem sogen. *Wissenschaftsrecht* (ius prudentibus compositum) zu stellen haben. Wo die Wissenschaft, oder besser gesagt, die einzelnen Rechtsgelehrten weder die höchste Macht noch die von dieser zur Setzung von Rechtsnormen Beauftragten sind, können sie auch keine Quellen des Rechts sein. Ob eine Norm, die unmittelbar oder mittelbar von der Rechtsmacht ausgeht, ihren Inhalt einer wissenschaftlichen Lehre entnimmt, ist hierbei unmaßgeblich. Es hat bereits Austin darauf hingewiesen, daß hier wieder eine Entstehungsursache fälschlich als Rechtsquelle bezeichnet wird.[1]) Und es ist dem wieder noch hinzuzufügen, daß auch hier wieder die falsche Annahme eines inhaltlichen Rechtsbegriffes ihre verwirrenden Folgen zeitigt. Wenn Sternberg[2]) jede „richtige rechtswissenschaftliche Aussage" einen Rechtssatz nennt und folglich von einem „wissenschaftlichen Recht" als Rechtsquelle spricht, so liegt darin eine Verwechslung der Rechtssätze mit Urteilen über das Bestehen von Rechtssätzen.

Kiss behandelt die Theorie des Gewohnheitsrechts nicht in ihrem ganzen Umfange, da es ihm (siehe S. 64, Anm. 2) bloß um das privatrechtliche Gewohnheitsrecht zu tun ist, jedoch läßt sich auch dieses nicht ganz in Richterrecht auflösen und auf Gesetzesauslegung zurückzuführen. In dem von Kiss angeführten ersten Falle, wenn nämlich der Gesetzgeber auf Volksgewohnheiten als einen mittelbaren Gesetzesinhalt hinweist, ist die Volksgewohnheit übrigens schon vor der richterlichen Anwendung Gewohnheitsrecht (im engeren Sinne) geworden. Wer die betreffenden Gewohnheiten befolgt, handelt nach dem Recht, wer gegen sie verstößt, handelt widerrechtlich, ganz abgesehen davon, ob der Fall überhaupt vor Gericht gelangt, und ob sich diesbezüglich eine Gerichtspraxis herausgebildet hat.

[1]) Austin, a. a. O., II[5], S. 523, 543—547: „If their opinions determine the legislator, the influence of those opinions is a *remote* cause of the Law, of which the legislator himself is exclusively the *immediate* cause, or is exclusively the source. But any inducement whatever, leading the legislator to establish the Law, were just as much a *remote* cause of its establishment as the opinions by which he is guided. Justinian legislated by the advice of Tribonian. He also legislated at the instance of his Empress. And the blandishments of the wife, as well as the responses of the legal oracle were *remote causes* of laws emanating from the Emperor as their source" (S. 544).

[2]) *Allgemeine Rechtslehre*, I, S. 128.

§ 107. „Bedingungen" des Gewohnheitsrechts.

Es ergeben sich hieraus wichtige Folgen für die Lehre von den *Bedingungen des Gewohnheitsrechts.*[1]) Es ist klar, daß nur für das sekundäre Gewohnheitsrecht bestimmte Bedingungen aufgestellt werden können. Geradeso wie das sekundäre Gewohnheitsrecht für ein bestimmtes Rechtssystem durch eine primäre Rechtsnorm auch gänzlich ausgeschlossen sein kann, so kann seine Geltung auch an bestimmte Bedingungen geknüpft sein, womit auch schon gesagt ist, daß eine Lehre von den Bedingungen des sekundären Gewohnheitsrechts immer nur aus dem Inhalt des betreffenden primären Rechts genommen werden kann, daß hingegen Rechtssätze über irgend welche Bedingungen eines primären Gewohnheitsrechts wieder nur eine ähnliche Bedeutung haben können wie das Verbot des primären Gewohnheitsrechts oder wie die Bedingungen des primären ausdrücklichen (oder Gesetzes-) Rechts. Danach ist z. B. die Frage zu entscheiden, ob Gewohnheitsrecht durch Irrtum entstehen kann. Für das sekundäre Gewohnheitsrecht ist diesbezüglich der Inhalt des primären Rechts maßgebend. Schließt er das Zustandekommen eines Gewohnheitsrechts durch Irrtum nicht aus, so ist ein solches Gewohnheitsrecht gültig, ansonst kommt es aber gar nicht zustande. Für das primäre Gewohnheitsrecht hingegen folgt, daß die Rechtsmacht in ihren Normäußerungen unbeschränkt ist, und daß allem, was sie als Norm äußert, der Charakter einer Rechtsnorm zukommt. Ist eine solche Äußerung die Folge eines Irrtums, so ist eben diese aus dem Irrtum hervorgegangene Norm als Rechtsnorm gültig. Die Äußerung ist das maßgebende, nicht ihre Motive.

Wenn z. B. eine zur Ausfüllung einer Rechtslücke befolgte Gerichtspraxis auf einer irrtümlichen Auffassung irgend eines herangezogenen fremden Rechts beruht und nun einmal diese Praxis durch die Rechtsmacht stillschweigend genehmigt ist, so ist der Umstand, daß diese Gewohnheitsrechtsnorm auf einem Irrtum beruht, für ihre Gültigkeit unmaßgeblich. Es

---

[1]) Vgl. Br. Schmidt, *Das Gewohnheitsrecht*, S. 50—52.

ist Sache der Rechtsmacht, an ihr festzuhalten oder sie abzuändern.[1]) Danach ist auch die Frage zu entscheiden, ob eine öftere Wiederholung zum Begriffe des Gewohnheitsrechts notwendig sei? Die nicht-ausdrückliche oder sogen. stillschweigende Äußerung ist gewöhnlich nicht klar und eindeutig, sie läßt Zweifel bestehen, sie kann in verschiedener Weise verstanden werden. Ihr eigentlicher Sinn offenbart sich gewöhnlich erst durch öftere Wiederholung. Erst durch die Vergleichung mehrerer Fälle läßt sich gewöhnlich ihr Sinn feststellen.[2]) Es läßt sich aber auch der Fall denken, daß eine einmalige Handlung eine Norm in konkludenter Weise zum Ausdruck bringt. Folglich lassen sich für das primäre Recht diesbezüglich gar keine allgemeingültigen Regeln aufstellen. Sobald eine Normäußerung der Rechtsmacht vorliegt, ist eben Recht zustande gekommen. Darüber aber, ob etwas als Äußerung zu gelten habe oder nicht, lassen sich keine allgemeingültigen Regeln aufstellen. Für das sekundäre Recht kommt hingegen alles darauf an, ob der Rechtscharakter einer Norm an die bloße nicht-ausdrückliche Setzung oder erst an eine durch Gewohnheit zum Ausdruck gebrachte geknüpft ist.

---

[1]) Es ist wiederum Bierling (*Juristische Prinzipienlehre,* IV, S. 315), der dies in Gegensatz zur gewöhnlichen Lehre richtig erkannt hat: „Der Mangel einer scharfen Unterscheidung zwischen der unmittelbaren (originären) und der mittelbaren (teilweise auf eine superordinierte Rechtsnorm gegründeten) Geltung einer Rechtssitte hat auch besonders verwirrend gewirkt auf die Erörterung darüber, ob ‚Irrtum' und ‚Irrationabilität' die Rechtsverbindlichkeit einer Gewohnheit auszuschließen vermögen. Sobald man eine Rechtsgewohnheit ausschließlich unter dem ersteren Gesichtspunkt ins Auge faßt, hat eine Anzweiflung ihrer Geltung wegen des Entstehungsgrundes oder wegen ihres Inhaltes überhaupt gar keinen Sinn. Umgekehrt hängt jede Entscheidung, die unter dem zweiten Gesichtspunkte erfolgen soll, ganz und gar von der Beschaffenheit der superordinierten Rechtsnormen ab, auf welchen die Rechtsverbindlichkeit der Gewohnheit mehr oder weniger beruht. All dies haben wir im Grunde schon in Bd. II, S. 301—303, 318 ff. und insbesondere S. 335—338 eingehend dargelegt".

[2]) Wie es Stephan Werböczy in seinem *Opus Tripartitum* (tit. 10, § 7) ausdrückt: *per usum colligitur consensus populi, qui plerumque (!) non potest ex uno actu colligi.* Und *ebenda* tit. 11, § 2: *Consuetudo non inducitur in instanti: Lentiori enim passu procedunt tacita, quam expressa.*

Ähnlich ist auch für die Frage, ob zum Zustandekommen des Gewohnheitsrechts nur die bloße Übung oder auch eine opinio necessitatis der Übenden erforderlich ist, zwischen primärem und sekundärem Gewohnheitsrecht ein Unterschied zu machen. Für das sekundäre hängt es davon ab, an welche Bedingungen sein Zustandekommen von einer primären Norm geknüpft ist. Es kann dies sowohl die Tatsache der bloßen Übung wie die einer mit der opinio necessitatis in irgend einem Sinne dieses Wortes verknüpften Übung sein.

Für das primäre Gewohnheitsrecht läßt sich aber nicht mehr sagen, als daß es eine Übung der Rechtsmacht sein muß, die eine Forderung zum Ausdruck bringt.

§ 108. Die Gewohnheitsrechtstheorie der historischen Rechtsschule.

„Die Literärgeschichte des Gewohnheitsrechts“ — sagt Puchta[1]) — „ist zugleich interessant und ermüdend.“ Aber einer der interessantesten und ermüdendsten Punkte in dieser Geschichte beginnt gerade mit der historischen Rechtsschule, die dem Gewohnheitsrecht den Ehrenplatz unter den Rechtsquellen angewiesen hat, indem sie es obenan auf das mystische Piedestal ihres Volksgeistes gestellt hat. Die eigentliche Quelle alles Rechts ist dieser Ansicht nach die Volksüberzeugung, aus der das Recht in verschiedenen Formen hervorgehen kann. Diese Formen heißen Rechtsquellen, und „die erste dieser Rechtsquellen ist das Volk unmittelbar selbst, die natürliche Übereinstimmung der Überzeugung, wie sie durch das Wesen des Volks unmittelbar gegeben ist.“ Es ist das Gewohnheitsrecht im Gegensatz zum Gesetz, das von dem äußeren Organ herrührt, welches für die Betätigung des gemeinsamen Willens als Repräsentant des Volkes aufgestellt ist.[2])

Diese Lehre begeht hauptsächlich zwei Fehler. Erstens unterscheidet sie nicht das Volk als souveräne Rechtsmacht vom nicht-souveränen Volk. Es ist natürlich möglich, daß unter besondern Umständen die Rechtsmacht *annähernd* die

---

[1]) Puchta, *Das Gewohnheitsrecht.* I, S. 147.

[2]) Puchta, a. a. O., I, S. 144/45.

ganze Masse der Untergebenen umfaßt. Bei einer weitgehenden faktischen Demokratie und namentlich bei unentwickelten Zuständen können die Begriffe der Rechtsmacht und der Gesamtheit der ihr Untergebenen nahezu zusammenfallen. Davon, daß diese Deckung niemals eine vollständige sein kann, war schon an anderer Stelle die Rede. Zum mindesten müssen die Minderjährigen einen Unterschied ausmachen. Je mehr sich irgend eine Staatsgesellschaft diesem Ideal der Demokratie nähert, desto mehr wird die öffentliche Meinung oder der „Volksgeist" mit dem Rechte zusammenfallen.

Die Auffassung der historischen Rechtsschule hängt in der Tat damit zusammen, daß ihre Begründer hauptsächlich solche Formen der Gesellschaft vor Augen hielten, in denen der Wille der Rechtsmacht dem Willen aller nahekommt. Sagt doch Savigny selbst,[1]) daß die Äußerung des Volksgeistes „am freiesten und kräftigsten in der Jugendzeit des Volkes erscheint, in welcher der Nationalzusammenhang noch inniger, das Bewußtsein desselben allgemeiner verbreitet und weniger durch Verschiedenheit der individuellen Ausbildung verdeckt ist". Und er selbst hebt hervor, daß „endlich in der Geschichte jedes Volkes Entwicklungsstufen und Zustände eintreten, die der Rechtserzeugung durch gemeinsames Volksbewußtsein nicht mehr günstig sind".[2])

---

[1]) Savigny, *System*, I, S. 17, 42.

[2]) Austin *(Lectures*, II[5], S. 536—541) führt die Lehre der historischen Rechtsschule auf eine Stelle Julians (Dig. I, 3, 32) zurück: Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur: Et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. Nam quid interest, populus suffragio suo voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Die Verwandtschaft der Auffassungen Julians und Puchtas ist unleugbar. Austin hebt gegen diese Auffassung treffend hervor, daß erstens das Volk schlechthin vom Volke in seiner souveränen Eigenschaft selbst dort zu unterscheiden ist, wo das Volk souverän ist; ferner, daß diese Auffassung, angenommen, sie wäre richtig, wo das Volk souverän ist, für Gemeinschaften, in denen das Volk nicht souverän ist, keinen Sinn haben kann. „Customary law is established by the sovereign. And, consequently, wheter it be introduced (or not) by the *consent* of the people, depends

Bereits AUSTIN erkannte, daß die Theorie der historischen Rechtsschule auch eine Verwischung der Grenzen zwischen Recht und Sitte bedeutet und damit zu zahlreichen Widersprüchen führen muß.

Mit dem dargelegten Fehler hängt es auch zusammen, daß in der Gewohnheitsrechtstheorie der historischen Schule das nicht-ausdrückliche Recht, das nicht durch Volksgewohnheiten zum Ausdruck gelangt, keinen Platz findet. Da diese Schule dem vom Volke ohne „Organe“ geschaffenem oder Gewohnheitsrechte das „von Organen“ ausdrücklich gesetzte Recht entgegenstellt, so ist in dieser Lehre weder vom nicht-ausdrücklichen Rechte einer nicht-demokratischen Rechtsmacht, noch vom nicht-ausdrücklich gesetzten Recht nicht-demokratischer sekundärer Rechtsquellen die Rede.[1]

---

upon the form of government.“ Vgl. auch SEYDEL, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, 1873, S. 14. — AUSTIN findet es deshalb seltsam, daß die angeführte Stelle von einem Juristen stammt, der unter HADRIAN und den ANTONINEN lebte. — Vgl. auch die ausgezeichnete Unterscheidung des hl. THOMAS v. ACQUINO, *Summa theologiae*, Prima secundae, Quest. XCVII, art. III: „Multitudo, in qua consuetudo introducitur, duplicis conditionis esse potest. Si enim sit libera multituto, quae possit sibi legem facere, plus est consensus totius multitudinis ad aliquid observandum, quod consuetudo manifestat, quam auctoritas principis, qui non habet potestatem condendi legem, nisi in quantum gerit personam multitudinis, unde licet singulae personae non possint condere legem, tamen totus populus condere legem potest. Si vero multitudo non habeat liberam potestatem condendi sibi legem. vel legem a superiori potestate positam removendi: tamen ipsa consuetudo in tali multitudine praevalens, obtinet vim legis, inquantum per eos toleratur, ad quos pertinet multitudini legem imponere: ex hoc enim ipso videntur approbare quod consuetudo introduxit“.

[1]) Diese Arten des nichtausdrücklichen Rechts werden überhaupt nur zu häufig übergangen. Eine eingehende Berücksichtigung erfahren sie bei BRUNO SCHMIDT, *Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens*, 1899, bes. S. 24—28. Deutlich auch bei WERBÖCZY, *Opus tripartitum*, prol., tit. 10, § 1: Consuetudo est jus quoddam, moribus illius introductum, qui authoritate publica legem condere potest. Vgl. auch BRIE, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, S. 205 06), der (für das deutsche Recht des Mittelalters nach der Völkerwanderung) hervorhebt, daß sich das Gewohnheitsrecht nicht nur auf dem Gebiete des Volksrechts, sondern auch auf dem des Königsrechts betätigt hat. BRIE führt diesbezüglich (*ebenda* Note 15) folgende Belege an: „Die Cartae Senonicae num. 35 (bei ZEUMER, *Formulae Merovingici et Karolini aevi*, pag. 200) sprechen

In der PUCHTA-SAVIGNY schen Lehre vom Gewohnheitsrecht steckt jedoch zweitens der fernere Fehler, daß sie die Grundlage alles Rechts, die Befolgung des Rechts durch die Angeredeten, mit einer besonderen Art des Zustandekommens des Rechts zusammenwirft. Es steckt in dieser Lehre nämlich auch der Gedanke, daß es zum Begriffe des Rechts gehört, befolgt zu werden. Nur ist es eine unzulässige Vermengung, diese grundlegende Tatsache als Gewohnheitsrecht zu bezeichnen und mit Rücksicht auf sie zu behaupten, daß das Gewohnheitsrecht über dem Gesetzesrecht stehe.[1])

Auch ist wieder daran zu erinnern, daß durch das Befolgen der Normen eines Normgebers seitens der Angeredeten dieser Normgeber noch bei weitem nicht zu einem Organ der Befolgenden und die Gesamtheit der Befolgenden noch bei weitem nicht zur eigentlichen Quelle der von ihnen befolgten Normen werden.[2])

---

von einer *regia consuetudo* hinsichtlich der Immunitätsverleihung. In den Capitularien erwähnen die fränkischen Herrscher häufig eine consuetudo *ihrer Vorgänger* (antecessorum oder praedecessorum; cf. den Index rerum et verborum zu der Capitularienausgabe von BORETIUS und KRAUSE s. v. consuetudo, und unter § 29, N. 8). Die zahlreichen Capitularien, welche hinsichtlich der indirekten Abgaben auf alte Gewohnheit verweisen, haben dabei keinesfalls dem Ursprung nach volksrechtliche Sätze, sondern königsrechtliche (amtsrechtliche) im Auge. Wenn HINCMAR in seiner Schrift *De ordine palatii* c. 29 sagt: Consuetudo tunc temporis (zur Zeit Karls M.) talis erat, ut non saepius, sed bis in anno placita duo tenerentur, so kann er damit nur eine wesentlich aus der königlichen Praxis hervorgegangene Einrichtung bezeichnen wollen".

[1]) Vgl. bereits ALBERICUS DE ROSATE bei BRIE, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht,* I, S. 157.

[2]) Es klingt noch immer an die Lehre der historischen Schule an, wenn ZITELMANN (Arch. f. zivil. Praxis, LXVI, S. 430) dieses Verhältnis so ausdrückt: „Man darf nicht das Gewohnheitsrecht auf das Gesetz, sondern muß das Gesetz auf das Gewohnheitsrecht in einem weiteren Sinne zurückführen". Vgl. auch BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre,* II, S. 298. — Eine eingehende Kritik des Gewohnheitsrechtsbegriffes der historischen Schule siehe bei BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie,* S. 508—517. Vgl. auch u. a. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen,* S. 3—6, 28 ff.; ANDERSSEN, *Gewohnheitsrecht.* Eine teilweise Auferstehung dieser Lehre bedeutet die Lehre DUGUITS, *L'état, le droit objectif et la loi positive,* 1901, S. 470, 502/03: „La loi est la constatation par les gouvernants d'une règle de droit objectif".

§ 109. Die Willens-, Überzeugungs-, Gestattungs- und die psychologischen Theorien des Gewohnheitsrechts.

Die sogen. *Willenstheorie* erblickt den Geltungsgrund des Gewohnheitsrechts im *consensus* populi, im Volkswillen, und verlangt als Erfordernis der Entstehung des Gewohnheitsrechts, daß die einzelnen Übungshandlungen von den Übenden in der Absicht vorgenommen worden seien, den in ihnen enthaltenen Satz zum Rechtssatz zu machen.[1])

Die Theorie der Gerechtigkeits-Überzeugung sieht den Grund des Gewohnheitsrechts in der Überzeugung der Übenden oder „des Volkes“, daß der betreffende Satz Recht sein sollte, während die Theorie der Rechtmäßigkeits-Überzeugung die Überzeugung zugrunde legt, daß der geübte Satz Recht sei.

Von unserer Rechtstheorie aus müssen wir vor allem die Fragestellung insofern berichtigen, als sie nicht für alles Gewohnheitsrecht einheitlich gestellt werden darf, sondern für das primäre und für das sekundäre besonders gestellt werden muß. Für das primäre Gewohnheitsrecht handelt es sich immer darum, ob eine nicht-ausdrückliche Normäußerung der Rechtsmacht vorliegt. Für diese wäre also wie für das Recht überhaupt eine Willenstheorie aufzustellen. Freilich nicht in dem Sinne, daß der Wille der Einführung einer Rechtsnorm oder überhaupt einer Norm den bezüglichen Übungstatsachen zeitlich vorangegangen sein müßte, wohl aber in dem Sinn, daß es zur Schaffung einer Norm immer erst dann gekommen sein kann, wenn nunmehr auch der *Wille, es solle* etwas sein, vorhanden ist.

Alle Streitfragen über Willens- und Überzeugungstheorien, über Volks- und Juristenrecht, über die Bedeutung der Übung, für das Gewohnheitsrecht erfahren von diesem Gesichtspunkt aus ihre Synthese.

Für das sekundäre Gewohnheitsrecht hingegen trifft keine dieser Theorien, weder die Willenstheorie noch die übrigen den Kern der Frage, da wir ja den Begriff eines

[1]) Zitelmann, a. a. O., S. 367. — Die *animus inducendae consuetudinis* des Albericus de Rosate; vgl. Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, I, S. 148.

sekundären Gewohnheitsrechts immer nur aus dem Inhalt einer primären Rechtsnorm gewinnen können. Für das sekundäre Gewohnheitsrecht haben wir uns also auf den Standpunkt der sogen. *Gestattungstheorie* zu stellen — allerdings wieder nicht ganz in ihrer gewöhnlichen Form. Denn gewöhnlich wird sie zur Begründung alles Gewohnheitsrechts ununterschieden aufgestellt, wodurch sie zu einer Gestattung seitens des *Gesetzes* werden muß. Für das primäre Gewohnheitsrecht muß die Unzuläßlichkeit dieser Auffassung natürlich sofort in die Augen fallen.[1]

Wenn Zitelmann[2] gegen die Gestattungstheorie ausführt, daß sie notwendig auf eine Ergänzung durch andere Theorien angewiesen ist, weil sie bezüglich der Erfordernisse des Gewohnheitsrechts jeder anderen Theorie Raum läßt und sich mit jeder andern verträgt, ohne eine von ihnen begrifflich *notwendig* zu machen, so ist das wohl richtig, aber es spricht nicht gegen die Gestattungstheorie. Denn durch welche weitere Theorie sie zu ergänzen sei, ist immer eine Frage des besonderen Rechtsinhalts. Es kann nach der einen Rechtsordnung die Willens-, nach der anderen etwa eine der Überzeugungstheorien für das sekundäre Gewohnheitsrecht gesetzt sein, während die Notwendigkeit der Gestattungstheorie zur Erklärung des sekundären Gewohnheitsrechts eine für jedwedes Recht gültige Erkenntnis der juristischen Grundlehre ist. Es steckt somit dieser Auffassung nach wohl auch hinter den sekundären Gewohnheitsrechtsnormen immer ein Wille, jedoch nicht notwendigerweise der Wille der Übenden, oder besser gesagt nicht notwendigerweise *nur* dieser Wille, sondern der Gestattungswille. Auf seiten der Übenden kann hingegen ebensogut die psychologische Tatsache einer Überzeugung wie die eines Normsetzungswillens gefordert sein.

Schließlich bietet auch die von Zitelmann[3] versuchte *psychologische Erklärung* des Gewohnheitsrechts keine Lösung

---

[1] Dies gilt unter anderem auch gegen die Bierlingschen Einwürfe gegen die Gestattungstheorie, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, I, S. 25.

[2] A. a. O., S. 363.

[3] *Gewohnheitsrecht und Irrtum*, Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 66, S. 459.

des Problems. „Indem ein Rechtssatz“ — sagt Zitelmann — „tatsächlich befolgt ist und die Wahrscheinlichkeit vorliegt, daß er auch weiterhin befolgt werden werde, eben weil man eine dauernde Motivationsquelle in Wirksamkeit sieht, verwandelt sich der Begriff des Tatsächlichen in den des Rechtlichen.“ „Bei dieser Produktion des sogen. Gewohnheitsrechts liegt nichts anderes vor als bei der Produktion jenes allgemeineren das Gesetzrecht erst ermöglichenden Rechtssatzes.“ „Das gesetzliche Recht setzt“ — nämlich nach Zitelmann[1]) — „für seine Geltung bereits die Geltung jenes allgemeinsten Rechtssatzes, kraft dessen jemand Gesetzgeber ist, voraus und leitet seine Geltung von ihm ab, es ist also insofern nur eine Rechtsquelle von sekundärer, abgeleiteter Kraft.“ „Man darf nicht das Gewohnheitsrecht auf das Gesetz, sondern man muß das Gesetz auf das Gewohnheitsrecht in einem weiteren Sinn zurückführen.“ „Die ewige Rechtfertigung der Geltung des Gewohnheitsrechts — und damit alles Rechts überhaupt — liegt vielmehr in jener eigentümlichen psychologischen Erscheinung, daß ein normal denkender Mensch die Vorstellung, daß eine rechtliche Ordnung *gelte*, dann erzeugt, wenn er das längere tatsächliche Herrschen dieses Satzes beobachtet und erwartet, daß dieses tatsächliche Herrschen auch noch länger andauern werde.“

Zitelmann bemerkt richtig, daß das „geschriebene“ und das Gewohnheitsrecht auf eine einheitliche Wurzel zurückgeführt werden muß,[2]) er kommt auch in bezug auf den Begriff des Rechts der Wahrheit ziemlich nahe, nur unterläßt

---

[1]) Ebenda S. 458.

[2]) Zitelmann (a. a. O., S. 360): „Die Frage, warum das Gewohnheitsrecht verbindende Kraft habe, führt auf die Schwesterfrage, warum eine solche dem Gesetz zukomme, und beide Fragen führen darauf zurück, zu fragen, was Recht sei und wie Recht entstehe. Hiermit aber hängt eng zusammen die Frage, was der Staat sei und wie der Staat entstehe. Wer nun aus dem System aller dieser Fragen eine einzelne zur Behandlung herausgreift, wird sich bewußt bleiben müssen, immer nur Stückwerk zu liefern“. Alle diese und viele ähnliche Fragen führen eben insgesamt immer wieder auf dieselbe Frage, was Recht sei, zurück und sind nur auf Grund einer Lösung dieser Frage zu beantworten, *ergeben aber in der Gesamtheit ihrer Lösungen die juristische Grundlehre!*

er es, als „eine der schwierigsten Aufgaben“, ihn gegen die Sitte abzugrenzen,[1]) und möchte also, „um seine Skizze nicht allzusehr zu komplizieren“, mit einem Begriff arbeiten, der Recht und Sitte gleichmäßig umspannt. Natürlich macht ein solches Bescheiden die auf diesen Begriff gebauten Folgerungen ungültig. Natürlich ist sodann der Zitelmannsche Begriff des Gewohnheitsrechts eigentlich nur der Begriff der Sitte. Überdies begeht er den bereits erwähnten Fehler, jene Befolgung der Normen eines Faktors, die diese zu Rechtsnormen macht, als eine Rechtsnorm aufzufassen. Indem er diese als eine gewohnheitsrechtliche bezeichnet, zerfließt ihm wieder das Gewohnheitsrecht unter der Hand. Ebendeshalb entgeht er auch dem Irrtum nicht, das originäre Gewohnheitsrecht nicht vom sekundären zu trennen, und da er unter Gesetzesrecht jeden unmittelbaren Ausspruch des Gesetzgebers, also einfach das primäre Recht versteht, so weiß er mit der Gestattungstheorie, die nach seiner Meinung *alles* Gewohnheitsrecht auf Gesetzesrecht zurückzuführen hätte, natürlich nichts anzufangen.[2])

Die Zitelmannsche psychologische Erklärung des Gewohnheitsrechts ist von Jellinek[3]) samt der ihr zugrunde liegenden Rechtstheorie wieder aufgegriffen worden. Es läßt sich bereits für die Rechtsdefinition Jellineks zeigen, daß sie keine Möglichkeit der Unterscheidung von Recht und Sitte bietet, und wir können diesen Einwand für seine Theorie des Gewohnheitsrechts wiederholen: „Die fortdauernde Übung erzeugt die Vorstellung des Normmäßigen dieser Übung, und es erscheint damit die Norm selbst als autoritäres Gebot des Gemeinwesens, also als Rechtsnorm.“ „Das Gewohnheitsrecht entsteht aus der allgemeinen psychischen Eigenschaft, welche das sich stets wiederholende Faktische als das Normative ansieht.“ Es ist offenbar, daß damit erst das Entstehen der heteronomen Gewohnheitsnorm überhaupt, nicht aber das der Rechtsnorm versucht ist. Wenn Jellinek noch hinzufügt:

[1]) A. a. O., S. 455.

[2]) Vgl. über die Theorie Zitelmanns auch Bruno Schmidt, *Das Gewohnheitsrecht*, S. 43—46.

[3]) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 331.

„Der Ursprung der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts fällt ganz zusammen mit dem der verbindenden Kraft des Zeremoniells oder der Mode“, so kennzeichnet er damit seine Auffassung sehr deutlich, weist aber selbst auf ihren Grundfehler hin, der in der Vernachlässigung des Unterschiedes steckt, durch den die eine Gepflogenheit eben nur zu einem Zeremoniell oder zur Mode, die andere hingegen zu einem Gewohnheits*recht* wird.[1])

Es muß immer wieder daran erinnert werden, daß die stillschweigende Normäußerung des „Volkes“ je nachdem sowohl primäres wie sekundäres Recht, wie auch bloße Konventionalnorm sein kann.[2])

Zwölftes Kapitel.

Die Deutung und die Anwendung des Rechts.

§ 110. Die Fragestellung.

Wir haben die im Rechtsbegriff enthaltenen Elemente in der Lehre von den Rechtsquellen bis zur Darlegung der Äußerungsformen der Rechtsnormen verfolgt. Doch sind wir damit noch nicht an das Ende der Frage: „was das Recht ist“ gelangt. Das Recht ist nämlich an fremde Subjekte (Rechtsnormadressaten) gerichtet. Das Innerliche (Psychologische), das in jedem Rechte steckt: ein bestimmt gearteter Wille, mußte durch die Äußerung in die Außenwelt treten, und diese Äußerung muß nun wiederum, um befolgt zu werden, von den Angeredeten aufgenommen werden.

Da das Befolgtwerden — wenn auch nicht das des einzelnen Rechtssatzes — mit zu dem Begriffe des Rechts ge-

---

[1]) Auch die Zurückführung der normativen Bedeutung des Gewohnheitsrechts auf das Stabilitätsbedürfnis (Heck, *Gesetzesauslegung*, S. 191/92) geht nicht auf den Grund der Frage.

[2]) Über die Theorien des Gewohnheitsrechts eingehend Zitelmann, *Gewohnheitsrecht und Irrtum*. Arch. f. zivil. Praxis, LXVI, S. 361—436; Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, I, 1903, S. 111 ff. Vgl. über den Letzteren Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, IV, S. 326—334; über die ältere Literatur Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, I, und Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*; die neuere bei Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I[8], S. 63.

hört, ein Recht aber, um befolgt zu werden, von den Adressaten aufgenommen, d. h. verstanden oder erkannt werden muß, gehört dieses Verstehen oder Aufnehmen des Angeordneten seitens der Angeredeten und alles damit notwendig Zusammenhängende zu den unvermeidlichen Gegebenheiten jeder Rechtsordnung. Es ist ein schon öfters betonter Unterschied auch hier wieder hervorzuheben: Es gehört nicht zum Begriff der einzelnen Rechtsnorm, daß sie verstanden werde; wir werden sehen, es gehört nicht einmal zu ihrem Begriff, daß sie von den Adressaten gekannt werde, denn es gehört nicht zu ihrem Begriff, daß gerade *sie* befolgt werde. Auch eine nicht befolgte Rechtsnorm kann es geben. Aber da die Normen der höchsten Macht im allgemeinen befolgt werden müssen, damit es eben die höchste sei, müssen sie auch im allgemeinen erkannt und aufgenommen sein. Es entstehen daher die Fragen, wie eine Äußerung zu verstehen sei? Ob sie, nachdem sie einmal da ist, gänzlich losgelöst von der Rechtsmacht und dem ihr zugrunde liegenden Willen zu betrachten ist, oder ob sie auch weiterhin mit ihm im Zusammenhang und aus ihm heraus verstanden sein will? Mit einem Worte, falls der Sinn der Äußerung Zweifel aufkommen läßt, wie diese zu beseitigen sind. Es ist das allgemeine Problem der Deutung von Äußerungen überhaupt, das aber für die Rechtswissenschaft von einer ganz besondern Wichtigkeit ist.

Die Deutung ist von der Anwendung des Rechts zu trennen; um angewendet werden zu können, muß das Recht bereits verstanden sein. Anwendung bedeutet aber nur eine besondere Art der Befolgung. In bezug auf diese Art von Befolgung pflegt neuerdings auch von einer „Findung" oder „Auffindung" des Rechts gesprochen zu werden. Was man darunter zu verstehen pflegt, behandeln wir teils als Deutung, teils als „sekundäre Rechtssetzung".

Sodann ist hervorzuheben, daß es sich sowohl bei der Deutung als auch bei der Anwendung um sämtliche Normadressaten handelt.[1]) Das Problem ist bereits einigermaßen

[1]) Diesbezüglich kann ich den Ausführungen Merkls (*Zum Interpretationsproblem,* Grünhuts Zeitschr., XLII, 1916, S. 541/42), nach denen die Rechtsauslegung nur die Funktion spezieller Staatsorgane wäre, nicht zustimmen.

eingeengt, wenn — wie es häufig der Fall ist — nur die Deutung und Anwendung seitens der Staatsorgane ins Auge gefaßt wird. Eine weitere ungebührliche Einengung unserer Frage entsteht aber dadurch, wenn man sie gar bloß hinsichtlich der richterlichen Organe stellt und lösen will.

Da man zum Begriffe eines Organes immer nur auf Grund eines primären Rechtssatzes gelangen kann, gilt für die richterlichen Organe grundsätzlich dasselbe wie für andere Organe. Man kann von einer „freien" richterlichen Tätigkeit nur in demselben Sinne wie von einer „freien" Tätigkeit der Verwaltung sprechen.[1]

Praktisch mag uns ja diese Frage am häufigsten in bezug auf die richterliche Rechtsanwendung entgegentreten. Es ist der theoretischen Lösung eine Frage jedoch durchaus nicht zweckdienlich, wenn man sich dabei an die zufällige praktische Form klammert, in der sie auftaucht, anstatt die allgemeinere Fassung zu suchen, durch die ihre Stelle im System angedeutet wird. Es ist deshalb noch weniger zweckdienlich, wenn unser Problem nun gar noch enger eingedämmt wird und schon von Haus aus nur nach der richterlichen *Gesetzes*anwendung gefragt wird. Das Verhältnis von Gesetz und Richter bedarf zu seiner richtigen Lösung der Untersuchung des Verhältnisses von Recht und Normadressaten. Es ist ein Spezialfall der Rechtsdeutung und Rechtsanwendung, und die Rechtsdeutung ist noch weiter zurückgehend ein Spezialfall der Deutung von Äußerungen überhaupt.

Die Deutungsbedürftigkeit besteht natürlich sowohl für die ausdrücklich wie für die nicht-ausdrücklich gesetzten Rechtsnormen. Ja die Deutung der nicht-ausdrücklichen Normen gehört so sehr zu ihrem eigentümlichen Wesen, daß sie sich gewöhnlich gar nicht als besondere Frage abhebt, sondern in der nicht-ausdrücklichen Äußerung mitinbegriffen bleibt. Infolge seiner nicht-ausdrücklichen Form ist es ja für das Gewohnheitsrecht zumeist fraglich, ob der Rechtssetzende überhaupt eine Norm zum Ausdruck bringen wollte, und wie diese zu formulieren sei. Es gehört zum Wesen des

---

[1] Vgl. Kelsen, a. a. O., S. 501.

Gewohnheitsrechts, daß es einer fortwährenden Deutung bedarf, es lebt nur in dieser Deutung, ohne fortwährende Deutung gibt es gar kein Gewohnheitsrecht. Die Deutung hat hier im Gegensatz zum ausdrücklich gesetzten Recht auch noch die Unvollkommenheiten der nicht-ausdrücklichen Setzung zu ergänzen; seine Deutung verschmilzt also sozusagen mit der Frage nach seinem Bestehen.[1])

Das Gewohnheitsrecht ist im Vergleich zur relativen Festigkeit des ausdrücklich gesetzten ein Recht im flüssigen Zustande. Sein Wesen ist einer andauernden Kristallisation ähnlich, im Laufe deren sich immer wieder neue Kristalle über den alten bilden.

Da der Gewohnheitsrechtssatz keine scharf umrissene äußere Gestalt hat, so vermengt sich die Deutungsfrage mit der Frage nach seinem Vorhandensein. Es lassen sich für das Gewohnheitsrecht die beiden Fragen: 1. wie lautet es? und 2. wie ist es zu verstehen? nur schwer trennen, und deshalb verschwindet die zweite scheinbar ganz und geht in die erste ein.[2])

Damit wird es wohl zusammenhängen, daß immer nur von der Deutung des geschriebenen Rechts, wofür Wortlaut (oder Form) und Sinn scharf getrennt werden können, die Rede ist. Hier ist die Form der Rechtsnorm von vornherein gegeben, und die Frage, welcher Sinn dem gegebenen Wortlaute beizulegen ist, besonders zu untersuchen.

Die neuerdings so vielfach behandelte Frage der Rechtsanwendung liefert auch ein gutes Beispiel der Bedeutung der juristischen Grundlehre[3]):

---

[1]) Bereits von Bierling, *Juristische Prinzipienlehre,* IV, S. 299 hervorgehoben.

[2]) Vgl. Heck, *Gesetzesauslegung,* S. 167/68. Daselbst auch die Widerlegung der entgegengesetzten Ansicht Spiegels, *Gesetz und Recht,* S. 119 ff.

[3]) Diese Auffassung ist einmal in aller wünschenswerten Klarheit bei Merkl (Österr. Zeitschr. f. öff. Recht, II, 1915, S. 392/93) ausgesprochen: „Die Problemstellung der Interpretation ist eine metajuristische, eine philosophische: ‚Was ist Recht?‘ Mit einer Einschränkung allerdings: daß nämlich bereits ein *Rechtsbegriff* gegeben ist; es handelt sich nur um eine Ausführung dieses Rechtsbegriffs, um Folgerungen aus ihm.

Die aus praktischen Nöten entsprungene Literatur über die Stellung des Richters zum Gesetz wird behufs Stellungnahme in durchaus praktischen Fragen der Jurisprudenz Schritt für Schritt zur juristischen Grundlehre vorwärts getrieben. Die Klarstellung des Verhältnisses des Richters zum Gesetz erfordert vor allem eine Theorie der Rechtsquellen; diese ist aber ohne den Begriff des Rechts ganz unmöglich; sodann erfordert der Begriff des Richters eine Gegenüberstellung einerseits von Rechtsmacht und Normadressaten, anderseits von Normadressaten und Rechtsorgan. Die Deutung des Gesetzes führt auf das Problem der Willensäußerung und ihrer möglichen Formen, das Problem der Willensäußerung führt aber weiter zur Frage des Willens des Gesetzgebers und zum Willen des Staates, somit erfordert es eine Erörterung des Begriffes des Gesamtwillens, und diese führt uns wiederum auf den Begriff der Gesellschaft und des Staates, usw. Mit einem Wort, das Verhältnis von Gesetz und Richter läßt sich nicht anders klarlegen, als wenn wir es von einem System jener Voraussetzungen aus betrachten, die jede Rechtslehre unwillkürlich zugrunde legt.

§ 111. Die Äußerungsdeutung überhaupt.

Überall, wo die Äußerung eines psychischen Vorganges darauf angelegt ist, von anderen aufgenommen zu werden, gilt es, die Kluft zwischen zwei Psychen zu überbrücken. Es bedarf einerseits einer Äußerung des Innenlebens und einer Enträtselung dieser Äußerung andrerseits. Die Voraussetzungen der Mitteilung seelischer Tatsachen bestehen —

Sie hat — als einer Art sekundärer Rechtsphilosophie — mit der primären, der die Auffindung des Rechtsbegriffs zufällt, das gemeinsam, daß sie metajuristisch, daß sie durch Gebote des zu erkennenden Objektes nicht determiniert ist. Sie hat z. B. Gebote, Normen zu erkennen, richtet sich aber dabei nicht nach Normen des zu erforschenden Normenkreises (man würde sich da in einem unentrinnbaren Zirkel bewegen), sondern nach immanenten Normen der Rechtswissenschaftslehre". Es ist daran höchstens der Gebrauch des Wortes „philosophisch" auszusetzen. Vgl. ferner die Ausführungen Merkls, *Zum Interpretationsproblem*, Grünhuts Zeitschr., XLII, 1916, S. 535 ff

abgesehen von der ähnlichen allgemein-menschlichen seelischen Veranlagung — in der Logik und in der Sprachkonvention (letztere im allgemeinsten Sinne des Wortes genommen, also Zeichen-, Gebärden-, Ausdrucks-Sprache mitinbegriffen).[1])

Es ist eine grundlegende Tatsache, daß jedenfalls alle weiterreichende gedankliche Mitteilung nur auf der normativen Basis irgendwelcher Mitteilungskonvention möglich ist.[2]) Ohne diese werden sich vielleicht irgendwelche Gefühlstatsachen, die sich durch einen organischen Ausdruck des Schmerzes, der Freude usw. verraten, mitteilen lassen, aber kompliziertere Gedanken lassen sich überhaupt nur auf der Grundlage einer entsprechenden Konvention mitteilen.[3])

Dadurch ist aber bei jeder Mitteilung irgendwelcher Gedanken Raum für die Fragen gegeben, ob die zur Mitteilung angewendeten Zeichen richtig angewendet worden sind, ob sich die tatsächlich zustandegekommene Äußerung mit der beabsichtigten deckt, oder ob etwas anderes mitgeteilt worden ist, als der Mitteilende beabsichtigt hat. Ferner, wie im Falle

---

[1]) Auf diesen sprachkonventionellen, oder wie er es nennt, „soziologischen" Hintergrund aller Auslegung hat Kohler (*Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, 1906, S. 122/23) nachdrücklich hingewiesen. Namentlich ist der Hinweis originell, „daß die Gedanken oft erst durch die Ausdrucksmittel Klarheit und Durchsichtigkeit gewinnen". Ferner: „Was wir denken, ist nicht nur unsere Arbeit: es ist etwas Unendliches, es ist das Erzeugnis der Gedankenarbeit von Jahrhunderten und Jahrtausenden; es hat unendlich viele Zusammenhänge, es zeigt in den Begriffen einen Ideeninhalt, den der subjektiv Denkende nicht ahnt". Eingehend und gedankenreich ausgeführt hat diesen Gesichtspunkt Kohler bereits in seiner Studie, *Über die Interpretation von Gesetzen*, Grünhuts Zeitschr., XIII, 1866, bes. S. 28/29.

[2]) Vgl. Elsenhans, *Die Aufgabe einer Psychologie der Deutung als Vorarbeit für die Geisteswissenschaften*, 1904, und *Lehrbuch der Psychologie*, 1912, S. 342ff.

[3]) Vgl. über den Prozeß des Verstehens die ausgezeichneten Ausführungen Hecks (a. a. O., S. 23—58), aus denen auch die notwendige Verschmelzung der sprachkonventionellen und der logischen Deutung jeder Äußerung hervorgeht. Diesbezüglich bereits Austin, *Note on interpretation*, in *Lectures*, II, S. 993/94: „As every process of interpretation involves a logical process, the contradistinguished epithets (of grammatical or logical interpretation) scarcely suggest the distinction which they are employed to express".

wenn sich ein solches Auseinandergehen ermitteln läßt, weiter zu verfahren sei; ob an der geäußerten Form der Mitteilung streng festzuhalten, oder ob weitergehend zu untersuchen sei, welche tatsächliche Absicht hinter der Äußerung verborgen liegt.

Heck[1]) bezeichnet diesen Gegensatz zwischen den Feststellungen des *subjektiven Sinns* oder den historischen Vorstellungsforschungen und den Ermittlungen eines *objektiven Sinns* als den wichtigsten. „Bei den Formen der historischen Vorstellungsforschung ist wiederum für uns wichtig, daß sie häufig mit zwei anders gearteten Vorgängen kombiniert wird. Erstens wird die historische Forschung über die Vorstellungen hinaus auf andere reale Umstände erstreckt, die aus den Vorstellungen erkannt werden. Diese Erweiterung wollen wir als *Umstands- oder Ursachenforschung* bezeichnen. Zweitens tritt zu der historischen Forschung (Vorstellungs- oder Umstandsforschung) hinzu eine *emotionale Fortbildung* der Erkenntnisergebnisse."

Nur wäre Heck gegenüber hervorzuheben, daß dieser etwaige Gegensatz zwischen subjektivem und objektivem Sinn bereits für jegliche vorjuristische Äußerungsdeutung des Alltags seine Bedeutung hat. Es läßt sich für das Alltagsleben ebensowenig die Herrschaft des subjektiven Sinnes feststellen, wie man der entgegengesetzten Ansicht beistimmen kann, wonach das Verstehen im alltäglichen Sinne auf den objektiven Sinn gerichtet sei. Bereits das einfachste Verstehen überhaupt umfaßt das ganze Problem mit seinen Gegensätzen und erfordert daher bereits eine Konvention über das Verhältnis von subjektivem und objektivem Sinn, für den Fall ihres Auseinandergehens.[2])

---

[1]) A. a. O., S. 25–27.

[2]) Heck (a. a. O., S. 29) unterscheidet überdies für die Ermittlung des subjektiven Sinnes Sprachregeln und andere Arten von Regeln, sowie die begleitenden Umstände. Der Deutungsvorgang kann eine durch Übung gefühlsmäßig mechanisierte Form annehmen (a. a. O., S. 30), oder er kann sich bewußt abspielen. Außerdem unterscheidet Heck einen reinen und einen kombinierten Wortsinn, einen Textsinn, eine positive und eine negative Bedeutung der sprachlichen Regeln (S. 32/33), Inhalts-

Alle diese Fragen können sich sowohl für ausdrückliche wie für nicht-ausdrückliche Äußerungen erheben, und sie werden von besonderer Wichtigkeit werden, wenn der Mitteilende aus irgendwelchen Gründen über den beabsichtigten Sinn seiner Mitteilung nicht näher befragt werden kann.

Hat der Mitteilende ein besonderes Interesse, richtig verstanden zu werden, so kann er natürlich zur besseren Sicherung der richtigen Deutung seiner Mitteilung an den konventionellen Mitteilungsnormen Änderungen vornehmen und ihnen Deutungsnormen für alle möglichen Zweifelsfälle hinzufügen. Namentlich wird das bei einer Setzung von Normen und gar von Normensystemen von Bedeutung sein.

In solchem Falle müssen natürlich neben den allgemeinen Normen der Mitteilungskonvention die besonderen Deutungsnormen des mitgeteilten Normsystems zur Deutung dieses Systems herangezogen werden.

Damit ist auch der Hauptgesichtspunkt für alle Rechtsdeutung gegeben. So selbstverständlich und sogar trivial diese Sätze lauten, so bedeutungsvoll sind sie für die Theorie der Rechtsdeutung. Es folgt aus ihnen für diese Theorie, *daß sie aus zwei verschiedenen Teilen besteht: aus den vorjuristischen Grundsätzen allgemeiner Äußerungs- und insbesondere Normensystemsdeutung und aus den besonderen Deutungsvorschriften irgend eines gegebenen Rechtssystems. Es gibt mithin allgemeingültige Grundlehren und besondere Rechtsinhaltslehren der Rechtsdeutung.*[1])

---

deutung und Motivdeutung (S. 36), Zusammenhangsdeutung (S. 37). „Die objektive Bedeutung kann eine bloß empirische sein, ein Eindruck, der üblich oder möglich ist, oder sie kann eine normative sein, ein Eindruck, der eintreten soll oder darf" (S. 41). Die objektive Auslegung geschieht nach bestimmten Annahmen, die als „Empfängerhorizont" und als „Deutungsdiligenz" gruppiert werden (S. 43).

[1]) Es ist eine einseitige Betonung des einen Teils, wenn Wurzel (*Das juristische Denken*, Wien 1904, S. 14) meint, es stehe nicht in der Macht des Gesetzgebers, „die Auslegung (die geistige Aufnahme seiner Äußerungen) durch gewillkürte Normen zu regeln. Er kann eben nichts anderes, als eine Norm erlassen, die Aufnahme derselben unterliegt den allgemeinen sozialen, psychologischen, logischen, sprachlichen und sonstigen *Naturgesetzen" (!)* — Eine richtige Darstellung dieses Verhältnisses bei Merkl, *Zum Interpretationsproblem*, Grünhuts Zeitschr., XLII, 1916, S. 539 u. 555.

Für uns folgt hier aus der Anlage unserer gegenwärtigen Untersuchung die Aufgabe: zu ermitteln, was sich für die Deutung des Rechts *allgemeingültig*, also notwendigerweise für alles Recht, feststellen läßt, und den Punkt zu bezeichnen, über den hinaus sich weitere Lehren über die Rechtsdeutung nur mehr aus irgend einem gegebenen Rechtsinhalt entnehmen lassen. *Man unterläßt gewöhnlich, selbst in den so häufigen und tiefgreifenden Untersuchungen der neueren Zeit über diese Fragen, eine scharfe Herausarbeitung dieser Grenzlinie, und es will uns scheinen, daß manche Mißverständnisse und Unklarheiten der bezüglichen Literatur auf diese Unterlassung zurückgeführt werden müssen.*

Vorher wollen wir jedoch einen bereits berührten Punkt noch etwas näher beleuchten. Es ist nämlich nicht zu vergessen, wie es häufig geschieht, daß jene besonderen rechtlichen Normen der Interpretation ebensogut gewohnheitsrechtliche wie ausdrücklich gesetzte sein können; und es ist sogar die wichtige Tatsache zu verzeichnen, daß die diesbezüglichen Normen der verschiedenen Rechtsordnungen gerade sehr häufig nur im Wege des Gewohnheitsrechts, nicht aber im Wege der ausdrücklichen Rechtssetzung geäußert zu werden pflegen.

Wo aber das der Fall ist, kann eine Untersuchung der Interpretationsregeln des geschriebenen Rechts nicht grundsätzlich vom Gewohnheits*rechtsinhalt* der betreffenden Rechtsordnung Abstand nehmen wollen. Man kann nicht für irgend ein Rechtssystem die Interpretationsregeln für das Gesetzesrecht darstellen und dabei die Untersuchung auch auf den Inhalt des Gesetzesrechts beschränken wollen. Mit anderen Worten, man darf die Frage der Interpretation der Gewohnheitsrechtsnormen nicht mit der Frage nach den Gewohnheitsrechtsnormen der Interpretation verwechseln. Denn falls sich die Interpretationsregeln des Gesetzesrechts gerade — wie gewöhnlich — im Gewohnheitsrechte der betreffenden Rechtsordnung befinden, so sind sie natürlich ohne ein Eingehen auf dieses gar nicht darstellbar.[1])

---

[1]) Vgl. Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, S. 163; Somló, *Die Anwendung des Rechts*, Grünhuts Zeitschr., XXXVIII, S. 63/64.

§ 112. Die Grundlehren der Rechtsdeutung.

Die allgemeingültigen Voraussetzungen der Rechtsdeutung sind die Normen der Logik und die Konventionalnormen der Gedankenmitteilung. Alles, was sich logischer- und konventionellerweise aus einer gegebenen Äußerung folgern läßt, ist in ihr enthalten. Und umgekehrt, ohne Zugrundelegung von Logik und Sprachkonvention können wir überhaupt zu keiner Erkenntnis des Inhaltes einer Gedankenäußerung gelangen.[1])

Dieser Hinweis auf Logik und Ausdrucks- (insbesondere Sprach-) Normen muß uns hier genügen, sonst hätten wir nahezu das ganze System dieser Disziplinen zu entwickeln.

Der besondere Rechtsinhalt irgendwo bestehender juristischer Deutungsnormen kann aber so verschieden gestaltet sein, daß dadurch das den Voraussetzungslehren verbleibende Gebiet ganz verschieden ergänzt wird. Aber wie immer auch der diesbezügliche Rechtsinhalt laute, immer werden folgende Deutungsnormen unberührt bleiben:

Erstens kann ein bestimmter Rechtsinhalt nicht die Notwendigkeit der Interpretation überhaupt ausschließen. Das geht schon daraus hervor, daß nicht schlechthin die Äußerungen einer höchsten Macht, sondern nur ihre Normen das Recht oder die Rechtsordnung ausmachen. Mit anderen Worten: nicht die grammatischen Sätze sind das Recht, sondern nur der in ihnen ausgedrückte Normgehalt. Die grammatischen Sätze der Rechtsmacht sind dem Gestein vergleichbar, das Metall enthält; das Recht aber dem Metall, das aus dem Erz herauszulösen ist.

Da nun derselbe grammatische Satz ebensogut ein Aussagesatz wie eine Norm sein kann, ist es unerläßlich,

---

[1]) Vgl. Merkl, *Zum Interpretationsproblem,* Grünhuts Zeitschr., XLII, 1916, S. 551/52: „Diese primäre Rolle der grammatisch-logischen Interpretation gründet sich — was, wie sehr auch in die Augen springen mag, immer wieder übersehen wird — darauf, daß sie als nichts denn die Berücksichtigung der dem Gesetze eigenen Ausdrucksmittel erscheint! Tritt doch das Gesetz in der Sprach- und Denkform auf und schließt damit, was die Theorie der Sprache und des Denkens lehrt, stillschweigend, wie selbstverständlich in sich ein".

jede Äußerung der höchsten Macht zu deuten, um überhaupt zu ihren normenthaltenden Äußerungen gelangen zu können. Aber auch aus den normenthaltenden Äußerungen müssen die Normen erst herausgeschält werden; es ist unumgänglich notwendig, die grammatischen Sätze der Rechtsmacht in Rechtssätze umzudeuten.

An dieser Notwendigkeit hat die Möglichkeit eines sogen. strikten Rechts, das die Anwendung auf den genauen Wortlaut beschränken möchte, seine Grenze. Ein Recht, das grundsätzlich, strenge an den Wortlaut gebunden wäre, wie es geschrieben steht, — ist eine Unmöglichkeit. Einmal müssen die grammatischen Sätze in Normen umgedeutet werden, und nur darüber, wie weit bei dieser Umdeutung vom geschriebenen Wort abgewichen werden darf, kann es einen Unterschied zwischen sogen. strikten Recht und einem Rechte, das weitergehende Interpretation zuläßt, geben. Auch für das strengste Recht gilt der Satz, daß die grammatischen Sätze der Rechtsmacht nicht die Rechtssätze sind, sondern nur das Rohmaterial, aus dem sie gewonnen werden.[1])

---

[1]) Es ist folglich schon deshalb unzutreffend, die sprachliche und die logische Interpretation des Rechts als zwei verschiedene und trennbare Arten zu behandeln. Es gibt keine Rechtsdeutung, die nicht notwendigerweise beide Arten umfaßte. Vgl. Kohler, *Über die Interpretation von Gesetzen,* Grünhuts Zeitschr., XIII, 1886, S. 33, Anm. 95; Leonhard, *Der allgem. Teil des BGB.,* S. 51; Wurzel, *Das juristische Denken,* 1904, S. 21/22. Heck, a. a. O., S. 173: „Mit verschwindender Ausnahme ist jedes Wort mehrdeutig. Ein sicherer Bedeutungskern ist von einem allmählich verschwindenden Bedeutungshof umgeben". Es ist aber nicht zweckmäßig, bereits diese Feststellung der Wortbedeutung als „Lückenergänzung" (Heck, a. a. O.) zu bezeichnen, da wir sonst den Gesetzestext einem Gewebe vergleichen, der *aus gar nichts anderem* als aus lauter Löchern bestünde. Es beruht auf der Außerachtlassung dieses Vorganges jedes Verstehens, wenn man meint, es könnte eine scharfe Grenze zwischen gesetztem und ungesetztem Rechte auch — wie Binding, *Handbuch des Strafrechts,* I, 1885, S. 201, lehrt — danach gezogen werden, ob *„durch* ein Gesetz, aber nicht *in* demselben andere Rechssätze Anerkennung finden", oder ob es in einem Gesetze auch „andere Rechtssätze" gebe. Auch der eigentliche unmißverständliche Gesetzestext ist nur durch Deutung zu erfassen, so, daß nur ein Unterschied *innerhalb* der Deutungsarbeit vorliegt. Keinesfalls geht es hingegen an, die aus der Deutung der ausdrücklichen Äußerungen gewonnenen Rechtssätze als eine **Abart**

Zweitens ist es ein unumstößlich allgemeiner Grundsatz, daß die Normen einer Rechtsordnung nur in ihrem systematischen Zusammenhange, also nur als ein Ganzes verstanden und gedeutet werden können, nicht aber aus diesem Ganzen herausgerissen einzeln, jede Norm für sich. Wir wissen ja, daß bereits der Begriff einer Rechtsnorm eine Rechtsordnung, d. h. eine Vielheit von Rechtsnormen voraussetzt. Da aber alle in einem gegebenen Zeitpunkte und in einem gegebenen Staate geltenden Normen gleichmäßig gelten, läßt sich ihr Inhalt nur dadurch bestimmen, daß sie als Glieder eines Ganzen zueinander in Beziehung gesetzt werden.[1]) Schon daraus ergibt sich, daß die Deutung der Gesetzesnormen nicht unter grundsätzlicher Außerachtlassung des Gewohnheitsrechts geschehen kann.

Die Bedeutung jedes Rechtssatzes ist nur im Zusammenhang mit den ihm koordinierten Rechtssätzen verständlich. Und für die subordinierten Rechtssätze gilt natürlich außerdem noch, daß ihr Verständnis außer der Kenntnis des Zusammenhanges der koordiniert-subordinierten Normen auch noch die Kenntnis ihres Zusammenhanges mit den ihnen übergeordneten Normen erheischt. Da nun die Rechtssysteme eine Vielheit von ko- und subordinierten Normen bilden, erfährt jede ihren Sinn erst durch die allenfalls modifizierenden Einflüsse ihres Zusammenhanges mit den übrigen. „Der *einzelne* Rechtssatz hat als solcher" — lehrt R. Schmidt[2]) sehr richtig — „überhaupt

---

„ungesetzten", d. h. aus konkludenten Handlungen erschlossenen Rechts anzusehen, wie es Binding tut, indem er den gesprochenen Satz nur als konkludentes Erklärungsmittel für den in ihm „nicht ausgesprochen" enthaltenen Satz ansieht (a. a. O., S. 198, Anm. 5). *Diese unansehnliche Anm. 5 enthält den Schlüssel zur ganzen Normtheorie* Bindings.

Diese Terminologie Bindings kann aber auch als Schlüssel zum Verständnis mancher neuern Lehre der Freirechtsschule dienen. Denn wenn man mit dieser Terminologie Ernst macht, so kann man in Ansehung dessen, daß schon jedes Wort vieldeutig und jeder Satz noch vieldeutiger ist, leicht auf die Meinung verfallen, daß es ein „gesetztes Recht" überhaupt nicht gebe.

[1]) Natürlich soll mit der Forderung einer Beachtung des systematischen Zusammenhangs nichts weniger als eine Ergänzung aus irgend einem rechts*wissenschaftlichen* Systeme gemeint sein. Vgl. Heck, *Gesetzesauslegung,* S. 92.

[2]) *Allgemeine Staatslehre,* I, S. 170/71, Anm. 1.

im realen Leben keine Existenz. Jeder Rechtssatz gilt und bindet nur in notwendiger Wechselwirkung mit einer unbegrenzten Zahl anderer Normen, die ihn näher bestimmen, einschränken oder in näherer oder entfernterer Beziehung ergänzen.“ [1])

An der Tatsache, daß jede einzelne Rechtsnorm nur im Zusammenhang mit allen übrigen zu verstehen ist, könnte eine entgegengesetzte rechtsinhaltliche Bestimmung ebensowenig etwas ändern wie an der Tatsache, daß man nur durch Äußerungsdeutung zur Rechtsnorm gelangen kann. Es gibt gar keine einzelne Rechtsnorm für sich — die einzelne Rechtsnorm ist nur eine künstliche Isolierung —, es gibt nur Rechtsnormen, die in ihrem Zusammenhange gelten; es gibt nur eine Rechtsordnung, und nur dadurch, daß eine Norm dieser angehört, wird sie zu einer Rechtsnorm.

Es folgt daraus der *dritte* unumgängliche Grundsatz für alle Rechtsdeutung, der übrigens nur ein Korollarium des zweiten ist, daß es in einer Rechtsordnung eigentlich keine Widersprüche geben kann. Widersprechen können sich nur die grammatischen Sätze, in denen die Rechtsnormen zum Ausdruck gebracht werden; da jedoch aus diesen Sätzen die in ihnen enthaltenen Normen nur in gegenseitiger Bezugnahme aufeinander überhaupt feststellbar sind, ist es eine Ungenauigkeit des Ausdrucks — ein Stehenbleiben auf halbem Wege —, wenn überhaupt von sich widersprechenden Rechtsnormen die Rede ist. Widersprüche kann es nur im Rechtstext, nicht aber in der Rechtsordnung geben. Die in den grammatischen oder Äußerungssätzen enthaltenen Widersprüche müssen daher bei der Normfindung beseitigt werden.

Daran kann auch durch entgegengesetzten Gesetzesbefehl wieder gar nichts geändert werden. (Höchstens, daß die

[1]) Vgl. Savigny *(System,* I, S. 212ff.): „Das systematische Moment der Auslegung, d. i. die Tendenz, den gesamten Rechtsstoff auf einen einheitlichen, in sich widerspruchslosen Willen zurückzuführen“. Kohler, *Über die Interpretation von Gesetzen,* Grünhuts Zeitschr., XIII, 1886, S. 19 und der daselbst (Anm. 55) zitierte „goldene Satz des großen Celsus: Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere, fr. 24 de legib.“ Auch Gmür, *Die Anwendung des Rechts,* 1908, S. 52/53.

Ausgleichung der Widersprüche dadurch zu einer gelinden Illegitimität würde.) Sich nicht nur scheinbar, sondern wirklich widersprechende Sätze des Rechtstextes, die sich also nicht vereinigen lassen, heben sich gegenseitig auf. Vergebens verkündet JUSTINIAN in der const. Tanta § 15, daß sich in den Pandekten Antinomien nicht finden: Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur. Vergebens wollte er damit eine Interpretation auf Grund einer Annahme von Widersprüchen verbieten. Dies konnte die Feststellung und Ausmerzung der dennoch nachgewiesenen Widersprüche nicht hintanhalten. Alles, was ein Gesetzgeber diesbezüglich vermag, ist nicht mehr, als daß er sich in der Tat nicht widerspreche. Das Verbot der Ausmerzung der dennoch begangenen Widersprüche wäre aber selbst der ärgste Widerspruch.

Freilich werden Fälle einer reinen Antinomie von Rechtssätzen gar selten vorkommen, und folglich wird es auch selten der Fall sein, daß sich zwei zu gleicher Zeit gültige Rechtssätze von gleicher Kraft gegenseitig so vollständig auffressen würden wie jene beiden Löwen, von denen gar nichts übrig geblieben sei, sondern es werden sich widersprechende Gesetzesstellen gewöhnlich nur mehr oder weniger abändern.[1])

Diese drei Notwendigkeiten, die sich auch in den Satz zusammenfassen lassen, daß sämtliche Äußerungen einer höchsten Macht zu einem *widerspruchlosen System* von Rechtsnormen *zu deuten* sind, folgen aus dem Begriffe des Rechts. Daher ihre Unvermeidlichkeit. Daher können ihnen auch etwaige Rechtsnormen, die da lauten würden: die Äußerungen der Rechtsmacht dürfen nicht gedeutet werden, oder: jede Äußerung eines Rechtsgebers soll isoliert für sich verstanden werden, und vollends: Widersprüche des Rechtsgebers sind nicht zu beheben, — nichts anhaben. Es kann eben keine Rechtsnorm zuwege bringen, daß etwas, was Recht ist, keines sei.

Alles weitere über die Rechtsdeutung läßt sich hingegen wieder *nur* einem Rechtsinhalt entnehmen. Eben

---

[1]) Vgl. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I[8], S. 93; DERNBURG, *Pandekten*, I[5], S. 83; SPIEGEL, *Gesetz und Recht*, S. 53, Anm. 3; GMÜR, *Die Anwendung des Rechts*.

weil sämtliche irgendwo gültigen Rechtsnormen ein einheitliches Normsystem abgeben, sind die in ihm etwa enthaltenen und auf die Interpretation von Rechtsnormen bezüglichen Rechtsnormen bei der Deutung zu befolgen. Die auf die Interpretation bezüglichen Rechtsnormen sind gerade so gut Rechtsnormen wie die eines anderen Inhalts.

Die ab und zu wiederkehrende Lehre, daß die rechtsinhaltlichen (oder wie man gewöhnlich sagt: positivrechtlichen) Interpretationsregeln nicht rechtsgültig wären und zum unverbindlichen Gesetzesinhalt gehörten, beruht auf einem Mißverständnis.[1])

Das Argument: die juristischen Interpretationsregeln müßten unmaßgeblich bleiben, weil ja solche Regeln selbst einer Interpretation unterliegen, ist nicht stichhaltig, da es ja keinen Widerspruch bedeutet, irgendwelche Normen nach den in ihnen selbst enthaltenen Bestimmungen auszulegen. Die rechtsinhaltlichen Interpretationsregeln sind nur insofern unmaßgeblich, als sie etwa mit dem Begriff des Rechts in Widerspruch stünden.

Solche Rechtsbestimmungen aber, die dem Rechtsbegriffe nicht widersprechen, gehen vor dem Sprachgebrauch einher, da sie die in ihm enthaltenen konventionalen Bestimmungen außer Kraft setzen und umändern können. Natürlich können Rechtsbestimmungen nicht jeglichen Sprachgebrauch auf einmal aufheben und durch Rechtsbestimmungen ersetzen, da ja auch eben diese Rechtsbestimmungen irgend eines konventionalen Ausdrucks bedürften.

§ 113. Rechtsinhaltsbestimmungen über Rechtsdeutung.

Die auf die Rechtsdeutung bezüglichen Rechtsbestimmungen können natürlich den verschiedensten Inhalt haben. Es ist nur selbstverständlich, daß es diesbezüglich kein einheitliches System gibt, da es sich um verschiedene Rechtsinhalte ver-

---

[1]) Z. B. Hölder, *Zur Theorie der Willenserklärung,* 1905, S. 28: „Für Gesetze können solche (Auslegungsgrundsätze) durch kein Gesetz bestimmt werden; bedürfte jedoch das sie bestimmende Gesetz selbst wieder der Auslegung".

schiedener Rechtsordnungen handelt. Die Rechtsinhaltsbestimmungen über die Rechtsdeutung lassen sich folglich immer nur in Hinblick auf bestimmte zugrunde gelegte Rechtsnormen feststellen. Dies wird nur zu häufig übersehen. Die Untersuchungen über die Rechtsdeutung und Rechtsanwendung versuchen es immer wieder, auch diesen rechtsinhaltlichen Teil ihrer Lehre als Notwendigkeit aus irgendwelchen Grundsätzen herzuleiten, anstatt einfach seine rechtsinhaltliche Gegebenheit aus den Quellen nachzuweisen.

Diese Rechtsinhaltsnatur der betreffenden Vorschriften ist augenfällig, wenn wir die hauptsächlichsten der verschiedenen Rechtsdeutungssysteme an uns vorüberziehen lassen.

Da in den betreffenden Lehren insbesondere auf die *richterliche* Rechtsdeutung und Rechtsanwendung Rücksicht genommen wird, werden auch wir unsere Beispiele dem besonderen Gebiete der richterlichen Tätigkeit entnehmen.

1. Die oberste rechtsinhaltliche Bestimmung über die Rechtsdeutung und über die Rechtsanwendung besteht in der Einsetzung einer Entscheidungsinstanz, eines Richters.

Ein Richter ist ein Organ, das für bestimmte Fälle konkrete Rechtssätze aufzustellen verpflichtet ist; er ist also eine „sekundäre Rechtsquelle" und fällt daher naturgemäß unter die besonderen rechtsinhaltlichen Bestimmungen, denen er seine Einsetzung verdankt.

2. Diese Bestimmungen können nun vor allem derart beschränkende sein, daß die Einsetzung des Richters nicht zur Erledigung aller vor ihn gebrachten Fälle erfolgt, sondern daß er in gewissen zweifelhaften Fällen verpflichtet ist, sich an die Rechtsmacht selbst zu wenden: das System des sogen. „référé legislatif".[1])

---

[1]) Eine Zusammenstellung hierher gehöriger Fälle siehe bei Lukas, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers,* in der Festschrift für Laband, S. 412 ff. So verfügt z. B. Tit. I, art. 7 der Ordonnance civile touchant la réformation de la justice Ludwigs des XIV. vom April 1667: „Si dans les jugements des procès qui seront pendants en nos cours de parlement et autres nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leurs defendons de les interpréter, mais voulons q'en ce cas elles aient à se retirer par devers nous, pour apprendre ce qui sera

Wo dieses System nicht besteht, ist durch die einfache Einsetzung einer Entscheidungsinstanz diese verpflichtet, alle ihr vorgelegten Fälle zu entscheiden. Es braucht diese Verpflichtung nicht erst ausdrücklich ausgesprochen zu sein, wie

---

de notre intention". Die österr. AGO. v. 1. 5. 1781, JGS. 13, in § 437 bestimmt: „Sollte . . . über den Verstand des Gesetzes ein begründeter Zweifel vorfallen, so wird solcher nach Hof anzuzeigen und die Entschließung darüber einzuholen sein". Und das Josefinische Gesetzbuch vom Jahre 1786, § 26: „Wenn dem Richter ein Zweifel vorfiele: ob ein vorkommender Fall in dem Gesetze begriffen sei oder nicht; wenn ihm das Gesetz dunkel schiene oder falls besondere, und sehr erhebliche Bedenken der Beobachtung desselben entgegenstünden, soll die Belehrung allezeit von dem Landesfürsten gesuchet werden".

Ähnliches verfügt in Preußen die AGO. v. 6. 7. 1793 und das ALR. in der Fassung, wie es am 5. 2. 1794 publiziert worden ist.

AGO. 1. Teil, 13. Tit., § 32: „Wenn es aber auf den Sinn eines wirklich vorhandenen und auf den vorliegenden Fall anwendbar scheinenden Gesetzes ankommt, und dieser Sinn, nach der Mehrheit der Stimmen im Kollegio, für dunkel und zweifelhaft angesehen wird, so muß darüber bei der Gesetzeskommission angefragt werden".

ALR. Einl. § 47: „Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muß er, ohne die prozeßführenden Parteien zu benennen, seine Zweifel der Gesetzkommission anzeigen, und auf deren Beurteilung antragen".

§ 49: „Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muß er zwar nach den in dem Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen, seiner besten Einsicht gemäß erkennen.

§ 50: „Er muß aber zugleich diesen vermeintlichen Mangel der Gesetze dem Chef der Justiz sofort anzeigen".

Übrigens ist dieser Gedanke durchaus nicht erst neueren Ursprungs. Vgl. Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht,* I, S. 206, Anm. 16: „Capit. Nr. 33 (Cap. missorum generale a. 802 initio) c. 26: Ut iudices secundum sriptam legem iuste iudicent, non secundum arbitrium suum; 98 (Cap. Italicum a. 801) praefatio: ut ... in rebus dubiis non quorundam iudicum arbitrium, sed nostrae auctoritatis sanctio praevaleret. — In Handschriften des liber Papiensis findet sich noch eine ähnliche Bestimmung, welche am Schlusse sogar den iudices gebietet, bei Lücken des geschriebenen Rechts die Sache an den König zu bringen; aber dieselbe ist ganz ungewissen Ursprungs (Boretius et Krause, *Capitularia regum Francorum,* II, 98)". — Vgl. abgesehen von der Justinianischen *Constitutio Tanta* (l. 2 § 21 C. 1, 17) auch Spiegel, *Gesetz und Recht,* 1913, S. 100ff.

im bekannten Art. 4 des Code Napoleon,[1]) sie ist bereits stillschweigend durch das Fehlen von Ausnahmen von der richterlichen Befugnis gesetzt. Denn selbst die Verweigerung des Richterspruches käme einer Entscheidung gleich. Auch ein *non liquet* ist eine richterliche Entscheidung und bedeutet die Abweisung des Klägers, (allerdings ohne die Wirkung einer res judicata.)

Die Stellung eines Richters, der alle ihm vorgelegten Fälle selbst zu entscheiden hat, kann sich nun wieder verschiedentlich gestalten.

3. Die erste hierher gehörige Möglichkeit ist die des *jus strictum*, d. i. die sogen. Gebundenheit des Richters an den Wortlaut des Rechts. Dies ist der gewöhnliche Standpunkt des primitiven Rechts. „Die Rechtsgeschichte könnte über ihr erstes Kapitel den Satz: ‚im Anfang war das Wort‘ als Motto schreiben“ — sagt Jhering.[2])

Dieser Standpunkt betrachtet die Willensäußerung gänzlich losgelöst von dem Willen, den sie zu äußern beabsichtigt. Die Norm löst sich vom Normsetzer los und lebt nunmehr ihr eigenes Leben. Sie ist vollkommen entsubjektiviert und gilt genau so, wie sie dem Buchstaben nach lautet. Nach Kierulff [3]): „*Das strictum jus* herrscht, wenn der Wille fixiert ist an seine äußerliche Erscheinung.“ Es ist dabei nicht zu vergessen, daß, wie bereits hervorgehoben wurde, auch im Falle der weitgehendsten Bindung des Richters an die Worte des Rechts die Aufgabe einer Deutung und der Feststellung ihres Sinnes nicht ausgeschlossen sein kann, da schließlich doch nicht die Worte einer Rechtsmacht, sondern der durch diese ausgedrückte Normgehalt das Recht ausmachen. In diesem Sinne bedeutet die Lehre des römischen Juristen: scire leges non hac est: verba earum tenere, sed vim ac potestatem — eine für alle möglichen Rechtsinhalte unumstößliche Weisheit. Es kann sich also

---

[1]) „Le juge qui réfusera de juger sous prétexte du silence de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.“

[2]) Jhering, *Geist des römischen Rechts*, II. Teil, 2. Abt., 2. Aufl., S. 427.

[3]) Kierulff, *Theorie des gemeinen Zivilrechts*, I, S. 20.

immer nur darum handeln, *wie weit* in bezug auf eine gegebene Rechtsordnung vom Wortlaute abgewichen werden darf, um zu ihrem Sinne zu gelangen, und das starre Recht kann nichts anderes als das diesbezügliche *Minimum* bedeuten. Aber auch innerhalb des Gebietes eines starren Rechts ist der Weg vom Wort zum Sinn, von den grammatischen Sätzen zu den Rechtssätzen zurückzulegen.

4. In den entwickelteren Rechtsordnungen pflegt der Richter nicht bis zu den Grenzen der äußersten Möglichkeit an den Buchstaben des Gesetzes gebunden zu sein.[1]) Es ist gewöhnlich nicht so sehr die tatsächlich gefallene, sondern die vom Rechtssetzer beabsichtigte Willensäußerung, an die er gebunden ist. Allerdings ist der Wille selbst immer etwas rein Innerliches und folglich erst durch irgendwelche Äußerung Erkennbares. Ein im strengen Sinne des Wortes tatsächlich nicht geäußerter Wille ist daher nicht befolgbar. Es kann aber aus einer Äußerung selbst oder aus ihrer Vergleichung mit anderen Äußerungen hervorgehen, daß die beabsichtigte mit der *in einem bestimmten Wortlaut* zum Ausdruck gebrachten nicht identisch ist, und es kann der Richter angewiesen sein, in solchen Fällen die eigentlich beabsichtigte, nur mittels Schlußfolgerungen feststellbare, der wörtlichen Äußerung gegenüber anzuwenden.[2])

---

[1]) Vgl. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre,* IV, S. 391; Heck, *Rechtsgewinnung und Interessenjurisprudenz,* S. 85, 182/83.

[2]) Vgl. Art. 57, Abs. 2 des schweiz. Organisationsgesetzes (zitiert nach Gmür, *Die Anwendung des Rechts,* 1908, S. 63): „Das Bundesrecht ist verletzt, wenn ein in einem eidgenössischen Gesetze ausdrücklich ausgesprochener oder *aus demselben sich ergebender Rechtsgrundsatz nicht oder nicht richtig angewendet worden ist*". Vgl. auch Gmür, a. a. O., S. 69, wo er aus Art. 1, Abs. 1 des *schweiz. Zivilgesetzbuches* folgert: „In letzterem Absatz ist nicht bloß die Auslegung der einzelnen Textstellen vorgeschrieben, sondern auch die Auslegung des Gesetzes als solchen. Zum Gesetze gehört aber nicht nur, was in den einzelnen Paragraphen direkt befohlen ist, sondern auch das, was man aus den Einzelbestimmungen nach unten und nach oben schließen kann Auch die höheren Prinzipien, welche hinter den ausgesprochenen Worten stehen und den von außen her unsichtbaren Unterbau des Werkes bilden, sind zum Gesetzesinhalt zu rechnen, und endlich auch das, was man des weitern aus diesen Prinzipien ableiten kann. Daher sind Reduktion, Induktion und Analogie

Je nach dem Grade der erlaubten, beziehungsweise geforderten Abweichung vom Wortlaut des Gesetzes kann es dann wieder die größten Verschiedenheiten geben.

5. Während dem Richter im voranstehend berücksichtigten Fall durch das Gesetz nur bestimmte logische Funktionen zur Ermittelung der Absicht des Gesetzgebers zugewiesen werden, kann ihm auch die Wahl zwischen verschiedenen Möglichkeiten überlassen sein; im Falle eines sogen. Strafrahmens hat er z. B. zwischen einer Menge verschiedener Strafen nach Gutdünken zu wählen.

6. Der Richter kann überdies vom Gesetze zu ethischen Wertungen ermächtigt, beziehungsweise verpflichtet sein, wenn ihm z. B. die Bemessung von Strafen nach seinem ethischen Dafürhalten zusteht oder wenn er gewissen „Blankettbegriffen“ ethischer Bedeutung, wie „nach Treu und Glauben“ oder „turpis causa“ nach Maßgabe seiner ethischen Werturteile einen Inhalt zu verleihen hat.

7. Schließlich kann er sogar nicht bloß zur Deutung und Ergänzung von Gesetzen in zweifelhaften Fällen, bei einem mehrdeutigen Wortlaut, sondern sogar zu einer Kritik der Gesetze nach gewissen Gesichtspunkten ermächtigt sein. Es kann ihm zustehen, selbst im Falle eines ganz unzweideutigen Wortlautes, Gesetze, deren Anwendung infolge bestimmter Änderungen der Umstände nach seinem Dafürhalten zu schreienden Ungerechtigkeiten oder zu ganz unhaltbaren Unzweckmäßigkeiten führen würden, nicht anzuwenden. Während er im Falle 4 bloß angewiesen war, anstatt der tatsächlichen Äußerung des Gesetzgebers die beabsichtigte anzuwenden, kann er demnach sogar die Verpflichtung haben, diejenige Äußerung des Gesetzgebers zu ermitteln und anzuwenden, die dieser bei seiner Normäußerung zwar durchaus nicht beabsichtigt *hat*, die er aber nach Maßgabe seiner übrigen Äußerungen voraussichtlich beabsichtigt *hätte*, wenn er an gewisse Umstände

---

zwar von der Interpretation im engern Sinne, d. h. der Auslegung einzelner Worte und Stellen zu unterscheiden, wohl aber fallen sie unter die Auslegung des Gesetzes. *Sie sind* nicht nur zulässig, sondern sogar *vorgeschrieben*“.

oder seither entstandene Verhältnisse gedacht oder denken können hätte.[1] [2]

Diese verschiedenen Verpflichtungen des Richters, die übrigens nur als besonders hervorstechende Beispiele der diesbezüglich möglichen Verschiedenheiten gelten wollen, können nun wieder insgesamt entweder ausdrücklich oder im gewohnheitsrechtlichen Wege von der Rechtsmacht gesetzt sein. Eine Besinnung auf diese verschiedenen Möglichkeiten wird

[1]) „Indem in Art. 1, Abs. 2 des schweiz. ZGB. dem Richter die Anweisung erteilt ist, wo eine gesetzliche Vorschrift oder ein Gewohnheitsrecht fehle, ‚nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde', wird nicht nur rückhaltlos anerkannt, daß das positive Recht Lücken habe, sondern es ist gleichzeitig damit *das Institut der freien Rechtsfindung auf feste Füße gestellt*" (Gmür, *Die Anwendung des Rechts,* 1908, S. 102). Diese dem Richter hier ausdrücklich auferlegte Verpflichtung kann ihm jedoch ebensogut auch in nicht ausdrücklicher Weise auferlegt sein, wie ihm ein entsprechendes Verhalten sowohl ausdrücklich wie auch nicht ausdrücklich untersagt sein kann. — Allerdings unterscheidet sich diese Verpflichtung von der im Punkt 7 besprochenen nicht so wesentlich, wie es auf den ersten Blick scheinen mag, denn da der Richter ja nicht von den bestehenden Rechtsvorschriften entbunden ist, sondern seine Norm *in das System der bestehenden Normen* einzureihen hat, mithin also nur einen passenden Bestandteil hineinsetzen darf, kommt es schließlich so ziemlich auf dasselbe hinaus, ob er angewiesen ist, eine Lücke in dem Sinne des Gesetzgebers zu ergänzen oder „nach der Regel zu entscheiden, die er (der Richter) als Gesetzgeber aufstellen würde", da das eben nur heißt, die er in dem vorliegenden Fall, *das Gesetzbuch als gegeben vorausgesetzt,* als Gesetzgeber aufstellen würde. Siehe dazu auch Gmür, a. a. O., S. 108/09.

[2]) Die in den Punkten 5, 6 und 7 behandelten Möglichkeiten ergeben in ihrer Gesamtheit das Gebiet des „auszuwählenden Rechtes", welches Stammler *(Theorie der Rechtswissenschaft,* 1911, S. 577 ff.) in Gegensatz zum „geformten Recht" bringt. Das geformte Recht, das sowohl ausdrücklich wie stillschweigend gesetztes Recht sein kann, ist dasjenige Recht, das später eintretende Folgen bereits in einem früheren Zeitpunkte feststellt. Auch das richterliche Urteil kann demnach „geformtes Recht" aussprechen, wenn der Richter nicht zu wählen oder zu werten, sondern einfach nur zu subsumieren hatte. „Darf" hingegen jemand laut geformtem Recht „beliebig aus sich heraus einen Rechtsinhalt bestimmen", so liegt „auszuwählendes Recht" vor. Das „auszuwählende Recht" bedeutet also jedenfalls — wenn es auch Stammler nicht ausdrücklich hervorhebt — nur eine Unterart des sekundären Rechts, nicht aber alles Rechts schlechthin. Das primäre Recht kann natürlich immer nur geformtes, niemals auszuwählendes Recht sein.

uns zur Ergänzung des im voranstehenden Paragraphen Ausgeführten deutlich vor Augen führen, was alles *nicht* allgemeingültig über die richterliche Rechtsdeutung gegeben sein kann.

Die gemeinsame Aufgabe des Richters bleibt in allen diesen verschiedenen Fällen, auf Grund der Logik und der rechtsinhaltlich nicht aufgehobenen Äußerungskonvention die tatsächlich gegebene Äußerung aus dem Rechtsganzen hervorzusuchen, die den Obersatz des zu entscheidenden Falles bildet, und nun aus Ober- und Untersatz die Folgerung zu ziehen. Das ist aber in jedem Falle unmöglich, ohne den Wortlaut des Rechts festzustellen, ohne die maßgebende Einzelnorm in das Ganze des geltenden Rechtssystemes hineinzusetzen, ohne etwaige Widersprüche zu beseitigen, und dies alles ist wieder nicht möglich, ohne dabei die Regeln der Logik und der Sprache in Anwendung zu bringen. Aber auch nur so viel ist es, was der Richter unbedingt *muß*.

Alles weitere hingegen kann nur mehr Sache irgend eines besonderen Rechtsinhaltes sein. Ob der Richter vom Wortlaut der Äußerung auf die beabsichtigte Äußerung zurückschließen darf oder muß, also ob der „Wille des Gesetzes" oder „der Wille des Gesetzgebers" zu ermitteln sei; ob er noch weitergehend aus den getanen Äußerungen auch auf zwar nicht getane, aber der rechtssetzenden Macht voraussichtlich genehme Normen schließen darf; wie weit er das Recht ergänzen, wie weit er neben dem logischen Schließen seinem eigenen Willen, seinen ethischen Wertungen Raum geben darf; inwieweit und unter welchen Umständen er von einem unzweifelhaften Wortlaut aus Zweckmäßigkeits- oder aus Billigkeitsrücksichten abweichen darf; welche Zwecke, d. i. welche Interessen, Gefühle oder Werte er dabei zu verfolgen befugt oder verpflichtet ist; ob er eine Buchstaben-, eine Gefühls- oder eine Interessenjurisprudenz auszuüben hat, und in welchen Grenzen das eine, in welchen Grenzen das andere seine Pflicht ist —, alles das und eine Menge ähnlicher Fragen lassen sich überall nicht voraussetzungsweise, sondern nur aus einem gesetzten Rechtsinhalt heraus beantworten.[1])

---

[1]) Vgl. Somló, *Die Anwendung des Rechts*, Grünhuts Zeitschr., XXXVIII, 1911, S. 73: „Es muß für jedes positive Recht die in dem-

§ 114. Kritik der logischen Freirechtstheorie.

Es ist notwendig, auf diese Scheidelinie zwischen den für jedes denkbare Recht schlechthin allgemeingültigen und den rechtsinhaltlich besonderen Grundsätzen der Deutung strengstens zu achten. Die diesbezüglichen, namentlich in der neueren

---

selben enthaltene spezielle Interpretationslehre — natürlich mit Berücksichtigung auch eines eventuell vorhandenen diesbezüglichen Gewohnheitsrechts — herausgearbeitet werden, und es darf nicht aus den Augen verloren werden, daß Auslegungsregeln immer nur als Bestandteile irgend eines positiven Rechts einen vernünftigen Sinn haben können. Anderseits kann von gegebenen Wertmaßstäben aus für besondere Umstände eine bestimmte Regelung der richterlichen Auslegungstätigkeit als richtiges Recht gefordert werden". Es ist dieser Ausführung gegenüber von JUNG *(Das Problem des natürlichen Rechts,* S. 324, Anm. 182) der Einwand erhoben worden, es sei unrichtig, „daß die Geltung des Rechts auf einer Rechtsvorschrift beruhe, und damit auch, daß das Verhältnis des Richters zur Rechtsnorm und überhaupt die Auslegungsfrage von der jeweiligen Regelung des Verhältnisses abhänge". Diese Auffassung erinnere an Münchhausen, der sich an seinem eigenen Schopfe aus dem Sumpf zieht.

Nun wäre ein Unterfangen, das „die Geltung des Rechts" schlechthin auf eine Rechtsvorschrift zurückführen wollte, allerdings jenem Münchhausen-Kunststück ähnlich; daraus folgt aber nicht, daß auch die Geltung eines *sekundären* Rechts nicht auf die Vorschriften eines primären zurückführbar wäre und daß das Verhältnis des Richters zum Rechte nicht von der jeweiligen rechtsinhaltlichen Regelung dieser Frage seitens des primären Rechts abhängen könnte und müßte. Nur die Geltung des primären Rechts ist letzten Endes auf Seinstatsachen zurückzuführen; für das sekundäre Recht haben die Seinstatsachen nicht mehr dieselbe Bedeutung. Das zeigt schon eine einfache Überlegung der Frage, was ein Richter ist? Ein Richter ist nicht einfach ein Mensch, der Streitigkeiten anderer Menschen schlichtet, sondern einer, der hierzu erstens durch eine primäre Rechtsnorm verpflichtet ist und dessen Entscheidungen zweitens von der Rechtsmacht als in ihrem Namen getroffene anerkannt und durchgeführt werden. — Auch v. LAUN *(Das freie Ermessen,* 1910, S. 10/11) sagt nicht ganz zutreffend: „Die vorliegende Untersuchung will nicht bloß das Recht eines einzelnen bestimmten Staates darstellen". „Fast das ganze Gebiet, das wir zu bearbeiten haben, ist nur nach *natürlichen Rechtsgrundsätzen,* oder wie man gewöhnlich sagt, nach der *Natur der Sache* zu beurteilen." Allerdings ist bei v. LAUN eigentlich nur die Terminologie unzulänglich, da er anderseits (S. 13) die Gleichheit seiner „natürlichen Rechtsgrundsätze" auf die Ähnlichkeit des positiven Rechts „in den heutigen Kulturstaaten" zurückführt und auch hervor-

Rechtsliteratur so häufigen Untersuchungen lassen diese Scheidelinie zwischen juristischer Grundlehre und Jurisprudenz als Rechtsinhaltslehre meistens unberücksichtigt. Die verschiedenen Lehren treten sich vielfach nicht als Rechtsinhaltsdarstellungen, sondern als für alles Recht allgemeingültige Wahrheiten gegenüber.[1] Es besteht das allgemeine Gefühl, daß es diesbezüglich solche Wahrheiten über das Recht gibt, nur fehlt es gewöhnlich an einer sicheren und methodischen Angabe darüber, wie solche Wahrheiten

---

hebt, „daß das positive Recht, sofern es etwa in bestimmten Fällen Abweichendes anordnet, die Anwendung der natürlichen Rechtssätze ausschließt". Es sind demnach seine natürlichen Rechtssätze gar nichts anderes als „allgemeine" Rechtssätze in Hinblick auf die zugrunde gelegten bestimmten Rechtsordnungen. Ihre „Natürlichkeit" bedeutet also nicht etwa ein Apriori. sondern sie läßt sich nur a posteriori, nicht als Notwendigkeit, sondern als Tatsächlichkeit von Rechtsinhalten feststellen. — Der richtige Gesichtspunkt wurde schon von Stammler (*Theorie,* S. 635, 720/21) hervorgehoben, und auch auf die Methodenverwirrung in der bezüglichen Literatur hat Stammler kurz hingewiesen: „In den streitenden Erörterungen tritt es nicht hervor, ob die Redenden ihre Aufstellungen als *allgemeingültige Einsicht* oder nur als besondere *Forderung des Tages* gemeint haben, die später durch eine andere begründetermaßen verdrängt werden könnte. Bald scheint das eine, bald das andere beabsichtigt zu sein, und vielleicht mischt sich beides da und dort durcheinander". — Richtig auch Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung,* 1907, S. 22/23. — Im hier verfochtenen Sinne behandelt das Problem auch C. Schmidt, *Gesetz und Urteil,* bes. S. 2—4, 87/88, 109/10. Er will bloß „die Richtigkeit einer Entscheidung der *heutigen* Rechtspraxis" bestimmen und kommt zu dem Ergebnis, daß die Praxis selbst darüber entscheidet, unter welchen Bedingungen eine Entscheidung nach Maßgabe unseres heutigen Rechts richtig ist. Damit ist aber erkannt, daß nicht irgend ein Voraussetzungsgesichtspunkt, sondern eine rechtsinhaltliche Bestimmung diesbezüglich maßgebend ist. — Vgl. auch die bei v. Laun, a. a. O., S. 11, Anm. 1 angegebene Literatur; ferner Bierling, *Juristische Prinzipienlehre,* IV, S. 227; Amos, *The Science of Law,* 8. Aufl., S. 61/62; Binder, *Rechtsbegriff und Rechtsidee,* S. 273.

[1]) Als mustergültige Ausnahmen sind u. a. zu nennen: Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung,* 1907, S. 23, der sich die Aufgabe stellt: „In der gegenwärtigen Abhandlung soll nur eine Kunstlehre der Rechtsanwendung *für das heutige Deutsche Reich* entwickelt werden". Gmür, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches,* 1908; Merkl, *Zum Interpretationsproblem,* Grünhuts Zeitschr., XLII, 1916, S. 535–555.

gefunden werden können, und welches ihr legitimes Gebiet sei. Die Voraussetzungslehren befinden sich mit den rechtsinhaltlichen gewöhnlich in einer für beide Parteien nachträglichen Vermengung. Es ist das der gemeinsame Fehler sowohl jener älteren Interpretationstheorien, nach denen die richterliche Rechtsdeutungstätigkeit durchweg logischer Natur ist, wie der ihr gegenüber erhobenen neueren, nach denen die richterliche Rechtsanwendung eine gewisse über die logische Tätigkeit jedenfalls hinausreichende, aus der Natur der Sache folgende, unfehlbare Freiheit oder Selbständigkeit gegenüber dem anzuwendenden Recht fordert.

Diese unausbleibliche Selbständigkeit des richterlichen Urteilens, über deren Grenzen die Meinungen wieder auseinander gehen, wird bald wieder logisch, bald psychologisch, bald rechtgeschichtlich begründet. Logisch, indem man zu zeigen versucht, daß die Rechtsanwendung bei Beschränkung auf die logische Tätigkeit an bestimmten Punkten unmöglich wird. Diese Theorie versucht also auf rein logischem Wege zu zeigen, daß die Theorie von der rein logischen Tätigkeit des Richters zu eng ist. Psychologisch wird sodann der Nachweis versucht, daß die psychologische Analyse des richterlichen Urteilens außer der logischen auch unumgänglich andere seelische Tätigkeiten aufweist. Schließlich wird rechtsgeschichtlich zu zeigen versucht, daß die richterliche Rechtsanwendung notgedrungen zugleich eine neue Rechtsschaffung bedeutet.

Aus allen diesen Annahmen ergeben sich verschiedene, über- oder vorjuristische Deutungs- bezw. Rechtsquellenlehren, die zu prüfen wir folglich alle Veranlassung haben.

Aus Zweckmäßigkeitsgründen lassen wir die neueren Theorien vorangehen und werden zuvörderst die logische Freirechts- oder *Lückentheorie*, dann die psychologischen *Wertungs-* (Interessen-, Gefühls-, Billigkeits-, Gerechtigkeits- oder Moral-) Theorien, sodann die rechtsgeschichtliche *Rechtsschaffungstheorie* und erst am Schlusse die hergebrachte *Subsumtions- oder Syllogismustheorie* der richterlichen Rechtsdeutung und -Anwendung auf ihren Voraussetzungsgehalt hin untersuchen. Es ist dazu noch zu bemerken, daß die ge-

nannten Theorien gewöhnlich nicht in dieser scharfen begrifflichen Trennung vertreten werden, sondern ineinander verflochten erscheinen. Wir werden uns also nicht so sehr mit den in der Literatur verfochtenen einheitlichen Lehren irgendwelcher Verfasser, sondern nur mit den bei ihnen wiederkehrenden Hauptargumenten auseinandersetzen.

Die logische Begründung einer über die bloße Subsumtionstätigkeit unumgänglich notwendigerweise hinausreichenden richterlichen Freiheit geht von der Annahme aus, daß ohne eine solche das richterliche Urteilen in gewissen Fällen zur Unmöglichkeit würde. Diese Theorie nimmt also ihren Ausgangspunkt nicht von den oben dargelegten unvermeidlichen Gegebenheiten für jede Rechtsdeutung, die aus dem Begriff des Rechts folgen, sondern davon, daß es infolge unausweichlicher Unvollkommenheiten jedes Systems von Normen, sodann infolge fortwährender Veränderungen der Verhältnisse, auf die die Normen anzuwenden sind, immer wieder Fälle geben wird, für die das vorhandene Normsystem keine Entscheidung enthält, der Richter also auf dem Wege bloßer Subsumtionstätigkeit überhaupt nicht in der Lage wäre, zu einer Entscheidung zu gelangen. Diese Theorie stellt sich die Sachlage derart vor, daß der Richter, dem im zu entscheidenden Rechtsfalle ein Untersatz eines von ihm aufzustellenden Syllogismus vorgelegt wird, und der eines Obersatzes bedarf, um für den vorliegenden Fall eine Schlußfolgerung ziehen zu können, in die Lage geraten kann, im Rechtssystem, nach dem er zu urteilen hat, keinen solchen Obersatz zu finden. Wenn es ihm folglich nicht zustehen sollte, sich den Obersatz nötigenfalls durch Wertungen, durch eine Rücksichtsnahme auf bestimmte Zwecke selbst herzustellen, also das Recht zu ergänzen, so könnte er überhaupt nicht urteilen.

Dieser Theorie gegenüber ist vor allem zu bemerken, daß ihr eine allgemeingültige Bedeutung selbst dann nicht zugebilligt werden könnte, wenn es feststünde, daß der Richter durch eine Beschränkung auf bloße Subsumtion und durch Ausschluß der richterlichen Rechtsergänzung in die Lage versetzt werden könnte, nicht urteilen zu können. Es könnte ja sein, daß er hierzu gar nicht für alle Fälle gezwungen ist;

das System des réferé legislatif bietet jedenfalls einen Ausweg. Selbst aus der Annahme der Unmöglichkeit einer richterlichen Urteilsfällung in bestimmten Fällen würde also noch durchaus nicht folgen, daß in diesen Fällen der Richter das Recht zu ergänzen habe; es könnte ja auch die Rechtsmacht zur Ergänzung des Rechts angerufen werden.

Anders gestaltet sich die Frage für die Systeme, die den Richter verpflichten, jeden vor ihn gebrachten Fall selbst zu entscheiden. Für diese Systeme besteht in der Tat das Problem: wie der Richter zu entscheiden habe, falls das Recht, nach dem er urteilen soll, keine Entscheidung vorgesehen hat.[1]

Es ist für das Verständnis dieses Problems nicht ohne Wichtigkeit, nachdrücklich hervorzuheben, daß es nicht durch irgendwelche Wesenheiten des richterlichen Urteilens, sondern erst durch jenen positivrechtlichen Satz in die Welt gesetzt worden ist, laut welchem der Richter in jedem Falle eine Entscheidung zu treffen hat, laut welchem ihm also — wie z. B. im Code Civil ausdrücklich — verboten ist, auf den Mangel einer bezüglichen Rechtsvorschrift hin den Fall unentschieden zu lassen. Also nicht das Anwenden oder das dazu erforderliche Deuten des Rechts zwingt den Richter zu einer Ergänzung des Rechts, sondern erst diese besondere Rechtsinhaltsbestimmung, die besagt, er habe den Fall unbedingt *irgendwie* zu entscheiden, ohne Rücksicht darauf, ob das Recht dunkel oder sonstwie ungenügend ist. oder sich überhaupt in Schweigen hüllt.[2]

---

[1]) Auf diese Beschränkung hat auch OERTMANN, *Gesetzeszwang und Richterfreiheit*, ergänzte Ausg., S. 26/27) hingewiesen: „Wie soll sich der Richter bei der Beurteilung der nicht geregelten Fälle helfen? Daß er seine Entscheidung nicht verweigern darf, ist auch da selbstverständlich, wo es nicht wie in dem berühmten Art. 4 des französischen Code civil ausdrücklich ausgesprochen wird".

[2]) Vgl. RADBRUCH, *Rechtswissenschaft und Rechtsprechung*, Arch. f. Sozialwiss. u. Sozialpol., N. F. IV, 1906, S. 363: „*Das Rechtsverweigerungsverbot* drängt (den Richter) bei der unumgänglichen Unvollkommenheit der Gesetze über ihre philologische Interpretation hinaus zu ihrer Klärung, Ergänzung und Berichtigung, zu eigener Rechtsschöpfung".

Mit andern Worten: Der Richter ist nach solchen Systemen angewiesen, das Recht in solchen Fällen selbst zu ergänzen. Seine Ergänzungstätigkeit folgt nicht aus irgendwelchen Denknotwendigkeiten oder aus dem Wesen oder aus dem Anwenden des Rechts, sondern erst aus einer rechtsinhaltlichen Bestimmung. Er ist in solchem Falle nicht nur zur Setzung der (Urteils-) Norm angewiesen, die für einen besonderen Fall aus einer gegebenen Norm folgt, sondern auch zur Setzung derjenigen Norm, aus der sich für den konkreten Fall irgend etwas folgern läßt.

Die rechtsinhaltlichen Bestimmungen können auch weitergehen und können für diese vom Richter geforderte Rechtsergänzung mehr oder minder ausführliche Bestimmungen aufstellen. Da es sich um sekundäres Recht handelt, so steht dem nichts im Wege. Das Recht kann sich aber auch ohne weitergehende Bedingungen einfach auf die *Generalanweisung* des Richters zur Rechtsergänzung, im Falle sie nötig ist, beschränken. Wenn sich diesbezüglich in einem gegebenen Rechtssystem tatsächlich keinerlei nähere Bestimmungen, weder ausdrückliche *noch gewohnheitsrechtliche (!)*, vorfinden, so ist es danach dem Richter anheimgestellt, auch die Grundsätze der Rechtsergänzung zu finden, mithin das Recht auch nach dieser Seite hin zu ergänzen.[1])

Allerdings ließe sich noch ein dritter Fall denken, dessen Möglichkeit das Gesagte scheinbar über den Haufen werfen würde. Könnte es nicht auch sein, daß ein Recht wohl die Anweisung an den Richter enthielte, jeden ihm vorgelegten Fall unbedingt zu entscheiden, sich aber andrerseits auch auf den Standpunkt des starren Rechts *(strictum jus)* stellte, wonach es dem Richter verboten wäre, vom Buchstaben des Wortlautes abzuweichen? Diese beiden Anweisungen zur richterlichen Setzung von sekundärem Recht stünden jedoch offenbar im Widerspruch miteinander. Das Gebot, jeden Fall *unbedingt* zu entscheiden, hat doch nur den Sinn:

---

[1]) Siehe die Kommentatoren des Code civil, z. B. Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil Francais,* I, S. 59. Zitiert bei Adickes, *Zur Lehre von den Rechtsquellen,* S. 9, Anm. 12.

„auch dann zu entscheiden, wenn der *Wortlaut* keine Entscheidung bietet“. Es wäre also dem Richter einmal befohlen, nötigenfalls über den Wortlaut hinauszugehen, und dann wäre es ihm wiederum verboten, vom strengen Wortlaut abzuweichen. Zwei solche sich unbedingt widersprechende nebeneinander gestellte Rechtssätze würden keinen vernünftigen Sinn zulassen. Dies wäre aber natürlich kein Fall der Rechtsergänzung, sondern ein davon wohl zu unterscheidender Fall der Beseitigung eines Widerspruches.

Daß also der Richter das Recht auch zu ergänzen habe, ist kein allgemeingültiger, voraussetzungsweise für jede Rechts- und Staatslehre feststehender Satz. Es kann ein Rechtsinhaltssatz sein, den es jedoch nicht geben muß. Es kann dem Richter ebensogut befohlen sein, das Recht zu ergänzen, wie es ihm verboten sein kann. Freilich zugleich sowohl befohlen, wie im selben Umfange verboten kann es ihm nicht sein.

Wenn dagegen die Annahme der rein logischen Natur des Urteils von Oertmann [1]) auch schon deshalb zurückgewiesen wird, weil „das Wesen des richterlichen Urteils nicht in einer theoretischen Betrachtung des Falles besteht“, sondern einen Staatsbefehl bedeutet, „für dessen Erlaß logische Operationen lediglich einen zureichenden Grund abgeben“, so ist dem vollkommen zuzustimmen, nur betrifft das eine weitere Frage. Die logische Begründung der Freirechtsbewegung geht nämlich nur auf die Frage hinaus, ob sich der Inhalt des richterlichen Befehls auf rein logischem Wege ermitteln lasse oder nicht.

Aus dem Gesagten folgt natürlich noch gar nichts gegen die Richtigkeit jener neueren Richtung, die für *unser heutiges Recht* leugnet, daß der Richter einfach ein Subsumtionsapparat sei und mit einer rein logischen Tätigkeit auskommen könne. Das kann er keinesfalls. Diesbezüglich ist die neue Lehre der alten gegenüber im vollen Rechte. Nur möge sie es unterlassen, ihren richtigen Standpunkt aus dem Wesen der richterlichen Tätigkeit in einer Weise herzuleiten, als wäre er für jedes denkbare Recht gleicherart gültig. Der

---

[1]) Siehe Oertmann, *Gesetzeszwang und Richterfreiheit*, ergänzte Ausgabe, S. 23/24, in Anschluß an Bülow.

Standpunkt ist eben rechtsinhaltlich zu begründen. Man glaube nicht, dieser Einwand sei selbstverständlich und bedürfe gar keiner besonderen Betonung, denn es wird fortwährend dagegen verstoßen.

§ 115. Fortsetzung. Über „die logische Geschlossenheit" der Rechtsordnungen.

Der Lehre, daß jedes Rechtssystem infolge seiner unvermeidbaren Unvollkommenheit ergänzungsbedürftig ist, steht die Lehre gegenüber, daß *jedes* System von Rechtsnormen schlechthin die Möglichkeit irgend einer Entscheidung enthält. Es ist die Theorie der logischen Geschlossenheit des Rechts. Sie behauptet, jedes Rechtssystem biete ein lückenloses Ganzes in dem Sinne, daß es eine positive Entscheidung jedes möglichen Falles notwendigerweise enthalte, die Möglichkeit eines nach einem gegebenen Rechtssystem unentscheidbaren Falles mithin eine Denkunmöglichkeit bedeute. Nach jedem gegebenen Rechtssystem ist jede Handlung entweder geboten oder verboten oder keines von beiden. Und diese, jeden denkbaren Fall umfassenden logischen Möglichkeiten böten zugleich die Möglichkeit einer Entscheidung jedes denkbaren Falles nach Maßgabe jedes denkbaren Rechtssystemes.

Wir stehen keiner neuen Frage gegenüber, es ist nur eine neue Form der bereits erledigten Frage. Die Theorie der logischen Geschlossenheit des Rechts (Rechtsordnung) denkt offenbar nur daran, daß *das Schweigen* eines Rechtssystemes in gewissen Fällen seine Ergänzung zur Entscheidung der mit Schweigen übergangenen Fälle noch nicht notwendig macht. Sie stellt sich auf den nur scheinbar paradoxen Standpunkt, daß das Recht auch dann spricht, wenn es schweigt. Wenn ein starres Recht vom Zinsennehmen z. B. überhaupt keine Erwähnung täte und nur über die Zurückzahlung des Kapitals Bestimmungen enthielte, so könnte man deshalb nicht sagen, der Richter wäre nicht in der Lage, eine auf die Zahlung von Zinsen vorgebrachte Klage auch ohne Ergänzung des Rechts entscheiden zu können.

Ist die Entwendung von Elektrizität nach einem bestimmten Recht weder ausdrücklich erwähnt, noch nach seinen

Deutungsvorschriften unter die Diebstahlsbestimmungen desselben Rechts subsumierbar, so ist deshalb die Entscheidung einer diesbezüglichen Klage noch nicht unmöglich gemacht. Sie wird eben nach einem starren Rechte solchen Inhaltes abgewiesen werden müssen.

Es ist also zuzugeben, daß sich aus dem Schweigen des Rechts über gewisse Fragen für den Richter noch durchaus nicht das Dilemma ergibt: entweder den Fall unentschieden zu lassen, oder das Recht zu ergänzen. Das Schweigen allein durchbricht die logische Geschlossenheit des Rechts noch nicht. Wie nun, wenn das Recht den Richter auf eine gesetzliche Bestimmung verweist, ohne sie doch zu enthalten? Wenn es z. B. nur die Zuerkennung der „gesetzlichen" Zinsen forderte, aber ihre Höhe doch nicht angeben würde, wäre es da mit der logischen Geschlossenheit des Rechts nicht aus und stünde der Richter nicht vor dem Dilemma, entweder das Recht nicht anwenden zu können, oder es ergänzen zu müssen?

Es wäre noch immer nicht der Fall, denn der Richter hat ja niemals bloß *einen* einzelnen Rechtssatz anzuwenden, sondern immer das ganze Recht. Sobald es sich nun aus anderen Rechtssätzen ergibt, was er in dem fraglichen Falle zu tun hat, so ist die logische Geschlossenheit der Rechtsordnung noch nicht durchbrochen.[1])

Wenn aber nun dieses selbe Recht einerseits auch noch die Verweigerung einer Entscheidung verböte und anderseits nur strenge Anwendung nach dem Wortlaut des Gesetzes zuließe, also auch jede weitergehende Interpretation verböte? Wir wären damit wieder einfach bei dem bereits behandelten Verbot der Beseitigung eines tatsächlich vorhandenen Widerspruches angelangt. Dies ist aber, wie wir gefunden haben,

---

[1]) Laband, *Das Budgetrecht*, Zeitschr. f. Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, 1871, S. 75: „Gesetze können lückenhaft sein, die Rechtsordnung selbst aber so wenig wie die Ordnung der Natur". Bornhak, *Preußisches Staatsrecht*, III, 1890, S. 598: „Richtig ist, daß ein Gesetz eine Lücke haben kann. aber Lücken der Rechtsordnung sind undenkbar". Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, § 32; Bergbohm, a. a. O., S. 373. — Genauer wäre eigentlich zu sagen: Der Rechtstext kann lückenhaft sein, nicht aber die Rechtsordnung.

eine der sich aus dem Rechtsbegriff ergebenden Grenzen, bis zu denen der Richter gebunden sein kann. Erst an diesem Punkte, nicht an dem Schweigen einer Rechtsordnung, sondern erst an der Möglichkeit von Widersprüchen innerhalb einer Rechtsordnung zerschellt die Theorie der logischen Geschlossenheit des Rechts. Jeder Widerspruch bedeutet einen offenen Riß im Rechtssystem.

Die Theorie der logisch denknotwendigen richterlichen *Ergänzung* des Rechts kann also nicht mit der Theorie der logischen Geschlossenheit eines Rechtssystemes widerlegt werden, denn diese letztere Theorie ist unrichtig, indem sie der Möglichkeit der Widersprüche im Rechtstext keine Rechnung trägt. Damit ist aber auch gesagt, an welchem Punkte man der Theorie der logisch notwendigen richterlichen Rechtsergänzung gegenüberzutreten hat: bloß die Beseitigung von Widersprüchen ist logisch notwendig, nicht aber die Ergänzung des Rechts im Falle des Schweigens der Rechtsquelle.

Wiederum anders gestaltet sich das Problem der logischen Geschlossenheit des Rechts, wenn es nicht nur den Gegensatz von Entscheidungsunmöglichkeiten, sondern sogar die Möglichkeit einer rein kognitiven, durch Subsumtionstätigkeit erfolgenden richterlichen Entscheidung bedeuten soll. In diesem Sinne faßt diesen Begriff Jung: ihm bedeutet dieses Prinzip, daß sich alle rechtlichen Einzelaussagen auf dem Wege der logischen Subsumtion aus positiven Rechtssätzen ergeben.[1]) Danach bedeutet es bereits einen Durchbruch der logischen Geschlossenheit eines Rechtssystemes, wenn es vom Richter auf Grund einer Wahltätigkeit oder einer Wertung, also auf nicht kognitivem Wege eine Entscheidung verlangt. Bei Zugrundelegung dieses Begriffes kann folglich noch weniger die logische Geschlossenheit *aller* Rechtssysteme behauptet werden.

Die logische Geschlossenheit bedeutet also mehrerlei und ist so vieldeutig wie der Lückenbegriff, den wir sogleich näher betrachten werden, und zu dem sie in Gegensatz tritt. Sie kann füglich auch als die Theorie von der Lückenlosigkeit be-

---

[1]) *Das Problem des natürlichen Rechts,* S. 23.

zeichnet werden, und es ist nur natürlich, daß sie alle Variationen der Lückentheorie mitmachen muß, zu der sie im umgekehrten Verhältnis steht. Sie steht und fällt, je nachdem die Lückentheorie fällt oder steht. Näheres über die Theorien der logischen Geschlossenheit in diesem Sinne ergibt sich folglich aus den nachstehenden Ausführungen über die Lückentheorie.

Die Theorie der logischen Geschlossenheit des Rechts war früher allgemein verbreitet. Als einer ihrer energischen Verfechter ist BERGBOHM bekannt, der sie jedoch mit der wieder für sich unhaltbaren Theorie eines *rechtsleeren Raumes* ergänzt hat.[1]) Als solcher gilt ihm das Gebiet der Lebensverhältnisse, über die rechtlich nichts verordnet sein soll. Dem gegenüber ständen nach BERGBOHM die vom Rechte in seinen Regelungsbereich gezogenen, also die rechtlich geregelten Lebensverhältnisse; hierher gehörten sämtliche „Anordnungen, welche sich über Haben und Nichthaben, Dürfen und Nichtdürfen, Gewährt- und Abgesprochensein usw. ergeben". Danach gehörte das Gebiet des Dürfens in das rechtlich geregelte Gebiet der Lebensverhältnisse. Für die mit Schweigen übergangenen könnte aber ein rechtliches Dürfen nicht festgestellt werden. Dieser Unterschied wird sich jedoch nur in anderer Hinsicht bemerkbar machen; für die richterliche Rechtsentscheidung bietet die einfach nicht verbotene Handlung ebenfalls eine Entscheidungsgrundlage. Klagt jemand wegen einer rechtlich nicht geregelten Handlung, so wird er ebenso abgewiesen werden, wie wenn er wegen einer erlaubten Handlung Klage erhebt. Das Schweigen des Rechts bedeutet keinen rechtsleeren Raum, sondern nur einen stillschweigend geregelten im Gegensatz zum ausdrücklich geregelten. Da, wie wir gesehen haben, die logische Geschlossenheit des Rechts nicht durch sein Schweigen durchbrochen wird, so hat die Unterscheidung des BERGBOHMschen rechtsleeren Raumes *von dem hier untersuchten Gesichtspunkt aus* keine Berechtigung und verdunkelt nur die Theorie.[2])

[1]) *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie,* S. 375 ff.

[2]) Zur Theorie der logischen Geschlossenheit bekennt sich neuerdings u. a. KAUFMANN, *Wesen des Völkerrechts,* S. 49: „Die Tatbestände des Lebens lassen sich entweder unter die vorhandenen Rechts-

§ 116. Fortsetzung. „Lücken des Rechts."

Die logischen Theorien zur Begründung einer über die bloße Subsumtion notwendigerweise hinausreichenden Tätigkeit des Richters zur Ermöglichung der Anwendung des Rechts bedienen sich gewöhnlich des Begriffes der *Rechtslücken.* Wir haben diesen Terminus vorerst ganz umgangen. Er ist durch vieldeutigen Gebrauch derart abgenutzt, daß sich bei seiner Verwendung Mißverständnisse und letzthin auf terminologische Verschiedenheiten zurückgehende Streitfragen schwer vermeiden lassen. Selbst wenn der Sinn, in welchem dieser Ausdruck gebraucht werden soll, vorher angegeben wird, lassen sich unbewußte Verschiebungen im Laufe der Polemik nur schwer vermeiden. Wenn man also ohne irgendwelchen Gebrauch dieses Ausdrucks zu sagen imstande ist, was man zu sagen hat, so ist das nur ein Vorzug. Nachdem wir das versucht

---

sätze subsumieren oder nicht: und je nachdem ein gegebener Tatbestand unter einen Rechtsbegriff fällt oder nicht, sind die spezifischen Rechtsfolgen des in der Rede stehenden Begriffs gegeben oder nicht. Eine Antwort ist de lege lata auf alle denkbaren Rechtsfragen immer da" (vgl. auch Radbruch, *Grundzüge,* S. 188). Auf Grund einiger Wendungen könnte es den Anschein haben, als wenn auch Heck auf einem andern Wege zur logischen Begründung einer über die aus dem Begriffe des Rechts folgenden Grenzen weit hinausgehenden und für jedes Recht notwendigen richterlichen Tätigkeit gelangte. „Überall, wo eine Gebotsordnung für ein umfangreiches Gebiet berechnet ist," sagt Heck (*Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz,* S. 158) „erweist es sich als nicht möglich, die Anordnungen so vollständig und so bestimmt zu geben, daß der Diener nur zu subsumieren hat. Es kommen Fälle vor, in denen der Diener eine freiere Stellung haben muß, um die anvertrauten Interessen des Herrn wahren zu können, Fälle der erlaubten und gewünschten Initiative. Auch der Gesetzgeber, so wurde ausgeführt, ist nicht in der Lage, den Richter auf die Subsumtion zu beschränken. Er muß dem Richter für manche Sachlagen eine freiere Stellung einräumen, in der er die Befugnis der wertenden Gebotsbildung hat" (vgl. auch S. 170/71). Bei näherem Zusehen erweist es sich jedoch (vgl. a. a. O., S. 19—22), daß Heck die Möglichkeit einer andern Stellung des Richters dem Gesetze gegenüber durchaus nicht verkennt und seine Ausführungen eigentlich nur für *„unser Recht"* (siehe S. 21) Geltung beanspruchen. Er behandelt also bloß den einen — allerdings für uns in unmittelbarer praktischer Hinsicht allein bedeutsamen — Spezialfall der im § 113 erwähnten verschiedenen Möglichkeiten. Vgl. auch a. a. O., S. 9 u. 180, Punkt 11.

haben, können wir nunmehr leichter zur Lückentheorie oder nach dem Gesagten eigentlich nur noch zur Lücken-*Terminologie* Stellung nehmen, da ja dem Wesen nach die Frage durch das bereits Ausgeführte eigentlich erledigt ist.

Wir wollen vor allem zwei Hauptgesichtspunkte trennen, unter denen von einer Lücke des Rechts die Rede sein kann. Nur der eine ist ein Gesichtspunkt der Rechtsanwendung. Eine Lücke ergibt sich nämlich für denjenigen, der das Recht anzuwenden hat, wenn es sich ohne vorhergehende Ergänzung durch den Anwendenden nicht anwenden läßt. Wir können alle hierher gehörigen Fälle unter der Bezeichnung *Anwendungslücken* zusammenfassen.

Der andere Gesichtspunkt ist derjenige der Kritik. Das Recht mag zwar, ohne erst ergänzt zu werden, angewendet werden, aber es wird gegen seine Bestimmungen auf Grund irgend eines Maßstabes die Forderung erhoben, daß das Recht auch noch irgend eine fehlende Bestimmung enthalten *sollte*. Eine Kritik des Rechts, die damit nicht ganz zufrieden ist, kann nämlich entweder zu dem Ergebnis gelangen, daß irgendwelche Rechtssätze anders lauten sollten, oder daß sie wegfallen sollten, oder schließlich, daß gewisse Bestimmungen fehlen, daß also das Recht durch bestimmte Rechtssätze ergänzt werden sollte, — nicht um angewendet werden zu können, sondern um richtig zu sein. Wir können folglich in diesem Falle von rechtspolitischen, Richtigkeits- oder *kritischen* Lücken sprechen.

Wir sehen also, daß eine *Lücke* des Rechts immer seine *Ergänzungsbedürftigkeit* bedeutet. Dies ist der allgemeinste Begriff der Rechtslücken, und je nach dem Gesichtspunkt, aus dem sich eine Ergänzungsbedürftigkeit des Rechts ergibt, ergeben sich verschiedene Begriffe von Rechtslücken. Meinen wir eine Ergänzungsbedürftigkeit des Rechts aus Anwendungsrücksichten, so ist von einer Anwendungslücke, meinen wir die Ergänzungsbedürftigkeit nur in dem Sinne, damit wir es als richtig ansehen könnten, so ist von einer kritischen Lücke die Rede.

Es ist klar, daß diese beiden Begriffe streng zu scheiden sind und daß sie ganz verschiedenen Gebieten der Rechtsbe-

trachtung angehören. Allerdings *können* sie sich auch insofern berühren, als es ja vorkommen kann und in den für uns praktisch bedeutsamen Rechtssystemen vorzukommen pflegt, daß der Richter von der Rechtsmacht — wenigstens stillschweigend — bis zu einem gewissen Grade selbst zu einer Berichtigung des Rechts angehalten wird.[1])

In diesen Fällen wird, soweit seine diesbezügliche Befugnis reicht, die kritische Lücke zu einer Anwendungslücke. Denn insofern der Richter zu einer Rechtskritik angehalten ist, hat er die kritische Lücke erst zu ergänzen und das also gewonnene Recht anzuwenden. Es fallen daher die Begriffe der kritischen und der Anwendungslücke in solchen Fällen bis zu einer gewissen Grenze zusammen. Natürlich bleibt auch unter solchen Umständen ein weites Feld von kritischen Lücken, das dem Begriff der Anwendungslücken unverändert gegenübersteht.

Wenn wir uns nun dem Gebiete der Anwendungslücken zuwenden, so ergeben sich innerhalb dieser wiederum nach den verschiedenen Arten einer richterlichen Ergänzungstätigkeit verschiedene Unterarten von Anwendungslücken.

Der hauptsächlichste Unterschied ergibt sich dadurch, ob der Anwendende (nennen wir ihn auch in Hinkunft der Kürze halber einfach Richter) die zur Anwendung notwendige Ergänzung des Rechts *kognitiv* oder darüber hinausgehend *wertend* vorzunehmen hat, bezw. darf. Solange der Richter zu einem anzuwendenden Obersatz auf kognitivem Wege gelangen kann, pflegt man zwar häufig noch nicht von einer Ergänzung und folglich auch noch nicht von einer Lücke des Rechts zu sprechen. Doch liegen hierfür keine zwingenden Gründe vor, und die Miteinbeziehung dieser Fälle zeigt uns nur umso deutlicher die Natur derjenigen, in denen bereits allgemeiner von einer Ergänzung bezw. Lücke gesprochen wird. Jedenfalls besteht ein Unterschied zwischen den Fällen, in denen der Richter den anzuwendenden Obersatz fertig vor sich hat, und denen, wo er ihn, wenn auch durch Subsumtionstätigkeit, erst aus den vorhandenen Sätzen zu erschließen hat.

---

[1]) Siehe oben, § 113.

Wir können folglich in solchen Fällen von kognitiven oder Subsumtionslücken sprechen und hierzu die Fälle in Gegensatz bringen, in denen der Richter behufs Anwendung des Rechts außer der oben berührten Subsumtionstätigkeit zu einer Wahl- oder zu sonst einer Wertungstätigkeit verpflichtet ist. Bei der ersten stehen ihm nämlich mehrere — einander nicht widersprechende, also alternative — Obersätze behufs Anwendung auf einen gegebenen Fall zur Verfügung; er hat sich demnach erst durch einen Willens- (Wahl-) Akt für einen dieser Obersätze zu entscheiden, bevor er zur Subsumtion des vorliegendes Falles unter den Obersatz weiterschreiten kann. Wir können diese Art von Lücken nach Heck[1]) als *Alternativlücken* bezeichnen.

Sodann kann aber der Richter in Ergänzung des Rechts auch zu einer sittlichen Wertung angewiesen sein, wobei zu beachten ist, ob er behufs Gewinnung des fehlenden Obersatzes zur Anwendung gesetzlich angegebener Werte verpflichtet ist oder ihm eine eigene Wertung zusteht. Heck bezeichnet richtigerweise nur den letzten Fall als *Wertungslücken.*[2]) Es ist darüber gestritten worden, ob der erste dieser beiden Fälle als eine kognitive Ergänzung anzusehen ist, oder ob auch solche Fälle der Anwendung eines gesetzlichen Wertes als Wertungen bezw. als Ergänzungen von Wertungslücken aufzufassen sind. Eine scharfe Unterscheidung dieser beiden Möglichkeiten erschwert hauptsächlich der Umstand, daß der Richter gewöhnlich auf demselben sittlichen Standpunkte steht wie das Recht, das er anzuwenden hat, folglich die Anwendung der gesetzlich bezeichneten Werte, der sogen. Rechtsethik, mit seinen eigenen persönlichen Wertungen ganz übereinstimmt. Da jedoch auch der entgegengesetzte Fall möglich ist, so läßt es sich denken, daß der Richter in die Lage kommen kann, zur Gewinnung eines Obersatzes Werte anwenden zu müssen, die er persönlich nicht teilt. Die Anwendung der „Rechtsethik“ wäre demnach in einem solchen Falle eine kognitive Tätigkeit. Die Feststellung dessen, ob etwas dem sittlichen Maßstab andrer entspricht,

---

[1]) A. a. O., S. 169.

[2]) A. a. O.

ist bloß die Feststellung einer Tatsache, also kein sittliches Urteil, ebenso wie die Feststellung dessen, z. B. seitens eines Historikers, ob etwas zu einer bestimmten Zeit in Rom für sittlich oder für unsittlich gehalten worden ist, kein sittliches Urteil ist.[1]) In solchen Fällen bedeuten die Wertbegriffe einfach stillschweigende Hinweise auf außerhalb des Gesetzes stehende Normen, also auf einen mittelbaren Gesetzesinhalt,[2]) dessen Einverleibung eine kognitive Tätigkeit ist.[3])

---

[1]) Vgl. Somló, *Die Anwendung des Rechts*, in Grünhuts Zeitschr., XXXVIII, S. 69—71. — In einem sehr weiten Sinne gebraucht den Ausdruck „Werturteil“ G. Rümelin *(Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht)*, indem er bereits die Ermittlung des Sinnes der Gesetzesworte (2. Aufl., S. 7) und um so mehr die Feststellung der Intention des Gesetzgebers (S. 15) als Werturteile ansieht und in Gegensatz zur rein logischen Tätigkeit stellt (S. 23). Ebenso faßt den Begriff eines Werturteils auch Oertmann *(Gesetzeszwang und Richterfreiheit*, ergänzte Ausg., S. 29/30) unbedingt zu weit, wenn er die Entscheidung der Frage nach freiem Ermessen, „ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei“, ebenfalls als ein Werturteil bezeichnet. Was bliebe danach überhaupt noch Inhalt eines kognitiven Urteils? Hier zeigt es sich deutlich, daß freies Ermessen nicht unbedingt mit einer a-logischen Tätigkeit des Richters gleichbedeutend ist. Der Irrtum beruht wahrscheinlich darauf, daß man auch von einem Wahrheitswert spricht. Nur ist nicht zu vergessen, daß, wenn der Begriff eines Werturteils in einen Gegensatz zur logischen Tätigkeit gebracht wird, damit der Begriff des Wertes bereits in jenem engeren Sinne genommen worden ist, in dem er den Wahrheitswert nicht mitumfaßt, da ja dann logische Tätigkeit gerade eine Bezugnahme auf den Wahrheitswert bedeutet. Vgl. auch Oertmann, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, 1906, S. 2, Anm. 1. — Über das hier Ausgeführte Näheres bei Somló, *Das Wertproblem*, Zeitschr. f. Philos. u. philos. Kritik, Bd. 145 u. 146.

[2]) Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, IV, S. 142; Kiss, *Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht*, Jherings Jahrb., 2. Folge XXII, S. 471.

[3]) Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt Oertmann, — *Gesetzeszwang und Richterfreiheit*, Erg.-Ausg., S. 12 ff. u. 47, wo das Problem eine eingehende Behandlung erfährt — indem er bestreitet, daß man auf Grund eines Wertbegriffes, allein durch Feststellung seines Inhaltes, ohne Zuhilfenahme eines vorhergehenden individuellen Werturteils zu einer Beurteilung des Tatbestandes gelangen könnte. „Das wäre nur dann allenfalls möglich, wenn ‚der Verkehr‘, ‚die Erfahrung‘, ‚die Moral‘ uns in absoluter kasuistischer Vollständigkeit Entscheidungsnormen für alle möglichen Tatsachen lieferten.“ Ähnlich weist auch Jung *(Das*

Ist der Richter in gewissem Umfange sogar zu einer Wertung behufs Berichtigung des Rechts ermächtigt, so wird damit eine Unterart der kritischen Lücken in das Gebiet der Wertungslücken hineingezogen. Abweichende Terminologien lassen sich nun zu den hier dargelegten leicht in Beziehung setzen. So versteht z. B. Heck,[1]) dem wir feine Untersuchungen über das Lückengebiet verdanken, unter Lücken das über die kognitive Tätigkeit hinausgehende Gebiet der richterlichen Tätigkeit. Soweit die kognitive Tätigkeit reicht, spricht er nicht von Lücken. Er bezeichnet als Lücken gerade die „wertende Gebotsbildung“, „diejenigen Fälle, in denen der Richter Rechtsschutz gewähren soll, obgleich die Subsumtion des Sachverhalts unter den Tatbestand einer *kognitiv* gewinnbaren, primären oder auch ergänzten Norm nicht möglich ist. Es sind also die Fälle der *nichtkognitiven* (richterlichen) *Rechtsergänzung*, die „Blankogebiete“.

Innerhalb dieses Lückenbegriffes unterscheidet er nun weiter, falls eine besondere Anordnung vorliegt, *Lücken im weitern Sinne*, falls hingegen eine besondere Anordnung nicht vorliegt, noch als selbstverständlich vorausgesehen ist, *Lücken im engern Sinne*, wobei „nichts darüber ausgesprochen sein soll, ob das Vorgehen des Richters“ in diesen letzteren Fällen „auf eine Delegation generellen Inhalts zurückzuführen ist“. Die Lücken im weitern Sinne sind deshalb vom Rechts-

Problem des natürlichen Rechts. S. 325/26, Anm. 182) gegenüber den diesbezüglichen Ausführungen des Verfassers (*Die Anwendung des Rechts*, Grünhuts Zeitschr., Bd. XXXVIII) darauf hin, daß der Richter bei der Schwierigkeit einer solchen objektiven Feststellung „*in sehr vielen Fällen* gar nicht anders können wird, als auf sein eigenes ethisches Unterscheidungsvermögen zurückzugreifen und dieses, das ihm allein authentisch feststellbar ist, als allgemein und typisch anzusehen“. Das kann nicht geleugnet werden, und es ist folglich anzuerkennen, daß nicht *jede* Angabe eines gesetzlichen Wertes seine kognitive Anwendung ermöglicht. Anderseits steht aber auch fest, daß es auch wieder viele Fälle gibt, in denen sich die Anwendung der vom Gesetze angedeuteten objektiven Wertung ohne Schwierigkeit kognitiv vollziehen läßt, womit aber die grundsätzliche Verschiedenheit der richterlichen Eigenwertung von der richterlichen Anwendung gesetzlicher Wertbegriffe erwiesen wäre. — Vgl. auch Rumpf. *Gesetz und Richter*. 1906, S. 39, 92/93.

[1]) A. a. O., S. 161/62.

setzer gewollte, die Lücken im engern Sinne ungewollte Lücken.[1])

Beide Arten decken Zitelmanns *echte Lücken*,[2]) während seine *unechten* Lücken zur Bezeichnung der besonderen Fälle dienen, in denen dem Richter die Korrektur des Rechts zusteht.

Gewöhnlich wird also der Lückenbegriff enger gefaßt, als es hier geschehen ist. Es wird unter Lücke gewöhnlich nur die Anwendungslücke verstanden und ferner auch diese nicht im Sinne der Ergänzungsbedürftigkeit des Rechts schlechthin, sondern bloß im Sinne der Ergänzungsbedürftigkeit, der auf kognitivem Wege nicht beizukommen ist. Die Lücke beginnt also in diesem Sinne erst dort, wo die rein logische Tätigkeit des Anwendenden aufhört.

Allerdings ist auf der andern Seite selbst ein noch weiterer Lückenbegriff zu verzeichnen als der unsere. Gnaeus Flavius (Kantorovicz) meint[3]): „Nicht so liegt der Sachverhalt, daß Lücken im Gesetz sich hier und da wohl vorfinden, nein, getrost darf man behaupten, daß nicht weniger Lücken als Worte da sind. Kein einziger Begriff ist bis in seine Urmerkmale zerlegt, wenige nur sind definiert und diese wenigen wieder nur durch andere, selber undefinierte Begriffe".[4]) Hier wird also bereits das Verstehen jeder Gedankenäußerung als eine Lückenausfüllung bezeichnet. Es ist einleuchtend, daß sich ein so weit gedehnter Lückenbegriff ins Paradoxe ver-

---

[1]) Weiterhin unterscheidet Heck (S. 168 ff.) u. a. „primäre", schon mit der Entstehung der Gesetze gegebene und „sekundäre", durch Veränderung der Verhältnisse entstandene Lücken. „Tatbestandslücken" und „Rechtsfolgelücken". „Totallücken", wenn gar kein Gebot vorliegt, „relative Lücken", wenn nur ein Glied des Gebots unbestimmt ist, „Alternativlücken", wenn mehrere mögliche Obersätze zur Wahl stehen.

[2]) *Lücken im Recht*, S. 27; dazu auch Spiegel, *Gesetz und Recht*, S. 118 ff.

[3]) *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, S. 15.

[4]) In der Betonung der Lückenhaftigkeit „einer jeden Gesetzesbestimmung" geht auch Kiss (*Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht*, Jherings Jahrb., Bd. XXII, 1911, S. 37—39) zu weit, wenn ihm auch andrerseits zuzugeben ist, daß „der Übergang" zwischen lückenlosen und lückenhaften Gesetzen verschwommen ist (*ebenda*, S. 41).

liert und unbrauchbar wird. In diesem Sinne besteht das Recht aus gar nichts anderem als aus Lücken; rechnet man die Lücken ab, so ist gar nichts mehr da, was lückenhaft wäre. Durch diesen Lückenbegriff wird jene für jedes „Verstehen“ einer Mitteilung unumgänglich notwendige psychische Tätigkeit, die wir also auch für rechtliche Äußerungen als eine vorjuristische abgesondert haben, mit den spezielleren Fragen der Auslegung zusammengeworfen, die irrtümlicherweise vielfach allein unter Auslegung verstanden zu werden pflegen. Es kann dann nicht wundernehmen, wenn danach auch für diese eine notgedrungen vorjuristische Lösung gefordert wird.

Hinter einem so weiten Sprachgebrauch steckt aber oft auch ein *rechtspolitischer* Gesichtspunkt. In einer der drolligen Geschichten Mark Twains findet ein hungriger Kerl in der höchsten Not einen alten Schuh, und nachdem er ihn gierig hinuntergewürgt hat, meint er, das beste daran waren doch noch die Löcher. Ich glaube, hinter mancher Übertreibung der Lückenhaftigkeit des Rechts verbirgt sich auch noch unbewußt eine solche abfällige Kritik des Rechts. Man möchte soviel Lücken des Rechts haben als nur möglich, weil man sie noch für das beste daran hält.

§ 117. Fortsetzung. Generaldelegation zur Lückenergänzung.

Einen Hauptunterschied in bezug auf das Lückenproblem betrifft die Frage, ob die richterliche Lückenergänzung nur auf Grund einer wenn schon nicht besonderen Anweisung, so doch mindestens allgemeinen Ermächtigung denkbar ist, oder ob sie auch ohne eine solche möglich ist.

Die Lösung dieser Frage hängt aber ganz von dem zugrunde gelegten Lückenbegriffe ab. Versteht man unter Lücke, daß der Richter nicht einfach zur Subsumtion des gegebenen Falles unter einen vorhandenen Obersatz schreiten kann, sondern sich diesen Obersatz erst *irgendwie* herauszuarbeiten hat (natürlich abgesehen von jenem Herausarbeiten der Rechtssätze aus dem Rechtstext, das von seinem Verstehen überhaupt untrennbar ist), mit a. W., nimmt man auch Kognitivlücken an und zählt zu ihnen auch die Fälle der Widersprüche als „Kollisionslücken“, so kann es

in Hinblick auf diese allerdings Lücken geben, zu deren Ergänzung es keiner Generaldelegation seitens des Gesetzgebers (der Rechtsmacht) bedarf. Aber wie wir bereits wissen, gilt dies eben nur für die Widersprüche. Jede übrige Rechtsergänzung folgt nicht denknotwendig aus dem Rechtsbegriff und kann folglich nur auf Grund einer allgemeinen oder besonderen Ermächtigung seitens der Rechtsmacht statthaben. Das folgt schon daraus, daß die richterliche Gebotsbildung als „sekundäre Rechtssetzung“ immer nur auf der Grundlage eines primären Gebots überhaupt zustande kommen kann. Während es also zur Beseitigung von Widersprüchen des Rechts einer Anweisung (Delegation) seitens der Rechtsmacht nicht bedarf, ja selbst ein Verbot zur Beseitigung von Widersprüchen eine solche gar nicht hintanhalten (höchstens zu einer, allerdings gelinden Art der illegitimen sekundären Rechtssetzung stempeln) könnte, bedarf es für die Ergänzung aller übrigen Arten von Rechtslücken immer erst einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Ermächtigung. Es ist dies deutlich schon daraus ersichtlich, daß ein Verbot einer solchen Lückenergänzung als ein wirksames, keinen Widerspruch bedeutendes ganz wohl denkbar ist und als solches jede Ergänzung und damit eigentlich auch jeden Lückenbegriff ausschließen kann.

Der Lückenbegriff ist also — mit Ausschluß der Kollisionslücken, oder deutlicher: Widersprüche des Rechtstextes — nur als ein rechtsinhaltlicher, niemals aber als ein Voraussetzungsbegriff des Rechts möglich. Ein derartiger Lückenbegriff kann folglich auch nicht mehr zum Beweis der Unumgänglichkeit einer über die Subsumtionstätigkeit hinausgehenden richterlichen Freiheit herangezogen werden.

Alle diejenigen also, die unter Lücken nur die Fälle der nicht-kognitiven richterlichen Rechtsergänzung verstanden wissen wollen, widersprechen sich, wenn sie trotzdem eine Rechtsergänzung ohne Generaldelegation für möglich halten.[1]

---

[1]) Auf eine derartige Annahme scheint die Wendung Zitelmanns hinzudeuten: „Es gibt auch echte Lücken, Lücken wirklich in dem Sinn, daß das Gesetz eine Antwort überhaupt schuldig bleibt, eine Entscheidung gar nicht ermöglicht, während eine Entscheidung doch getroffen werden

Will man aber die unumgängliche Ausgleichung etwaiger Widersprüche des Rechts — allerdings nicht eben ungezwungen — als Rechtsergänzung und somit die Widersprüche selbst als Lücken des Rechts auffassen, so muß man sich zu diesem Behufe zu einer Annahme von Kognitivlücken bequemen und die Kollisionslücken als eine Unterart auffassen.

Keinesfalls geht es an, wie es Heck unternimmt,[1]) die Gesetzeswidersprüche oder Kollisionslücken als Unterart der Alternativlücken aufzufassen, die von ihm als die Fälle bezeichnet worden sind, in denen „mehrere mögliche Obersätze zur Wahl stehen“. Im Falle eines Widerspruches stehen dem Richter eben nicht mehrere mögliche Obersätze zur Wahl, das Resultat im Falle eines *wirklichen* Widerspruches kann niemals sein, daß er sich für einen der widersprechenden Sätze entscheidet, sondern er sieht sich gerade umgekehrt zwei

---

muß“. Vgl. über die Lückentheorie Zitelmanns: Bierling, *Juristische Prinzipienlehre,* IV, S. 384—390. Heck versucht dieser Frage auszuweichen, indem er (a. a. O., S. 162 u. 165) hervorhebt, es soll in seinem Begriff von Rechtslücken „nichts darüber ausgesagt sein, ob das Vorgehen des Richters in den als Lücken bezeichneten Fällen auf eine Delegation generellen Inhalts zurückzuführen ist“. Natürlich kann das nur in bezug auf seine Lücken im engern Sinne gemeint sein, da ja seine Lücken im weitern Sinne gerade „die eigentlichen Delegationsfälle, bei denen eine besondere Anordnung vorliegt“ (also Spezialdelegation) umfassen (S. 162). Für seine Lücken im engern Sinne aber ergibt sich die Annahme einer Generaldelegation für Heck bereits aus seinem Gebotsbegriff, auf dem seine „Interessenjurisprudenz“ beruht. A. a. O., S. 22: Für „unser Recht“ ist „als Grundsatz die freie Stellung des Richters anzuerkennen“. „Wenn das Gesetz keine Bestimmung enthält, so muß das Verfahren beobachtet werden, das lebensüblich und lebenswertvoll ist. Diese Merkmale zeigt der interessengemäße Gehorsam. Sein Verbot und nicht seine Zulassung hätte eines besonderen Anspruchs bedurft.“ Was wäre das anderes als die Annahme einer Generaldelegation. Ähnlich begründet die Generaldelegation Bierling, *Jurist. Prinzipienlehre,* IV, S. 75: „Soweit ein positives Recht keine ausdrücklichen Vorschriften über die Feststellung juristischer Tatbestände enthält, ist anzunehmen, daß der zur Rechtsanwendung auf den betreffenden Tatbestand Berufene die Feststellung nach bestem Wissen, d. h. unter gewissenhafter Befolgung der als bekannt vorauszusetzenden Grundsätze der Logik und Erfahrung zu vollziehen hat“.

[1]) A. a. O., S. 169.

unmöglichen, weil sich gegenseitig ausschließenden und aufhebenden Sätzen gegenübergestellt. Er hat nicht einen zu wählen, sondern beide zu verwerfen. Die Alternativlücke bedeutet ein entweder—oder, die Kollisionslücke hingegen ein weder—noch.

Heck erkennt zwar[1]) selbst an, daß die Ausgleichung und Zusammenfassung der verschiedenen Gesetzesgebote eine eigenartige Problemlage abgibt, infolge deren man diese Tätigkeit nicht zur Lückenergänzung zu rechnen pflegt, meint aber, daß sich diese Kollisionslücken trotzdem unter die Alternativlücken einordnen lassen, weil beiden Fällen doch die Unmöglichkeit einer einfachen Subsumtion gemeinsam ist. Nun ist aber der Begriff der Alternativlücken nicht für die Fälle in Beschlag genommen worden, in denen eine *einfache* Subsumtion nicht möglich ist, sondern nur für solche, in denen mehrere mögliche Obersätze zur Wahl stehen.

Sodann ist aber der Lückenbegriff Hecks überhaupt auf die Fälle der *nicht*-kognitiven Rechtsergänzung beschränkt, während eine Beseitigung widersprechender Sätze erst eine kognitive Tätigkeit bezeichnet. Ob durch die Beseitigung widersprechender Sätze allenfalls eine andere Art von Lücken im Rechte entsteht, ist eine weitere Frage. Jedenfalls sind es keine Kollisionslücken mehr.

Aus der grundsätzlichen Verschiedenheit der Kollisionslücken gegenüber allen übrigen Arten von Rechtslücken folgt, daß es terminologisch nicht zweckmäßig ist, die Widersprüche ebenfalls als (Kollisions-) Lücken zu bezeichnen. Diese Bezeichnung bedeutet ja ohnedies bereits einen Zwang am Sprachgebrauch, da sie die gegenseitige Aufhebung widersprechender Rechtssätze eine Ergänzung des Rechts nennt. Sodann gehört aber die Behebung wirklicher Widersprüche zu den unumgänglichen Voraussetzungen jeder Rechtsanwendung, während alle übrige Lückenergänzung immer rechtsinhaltlich bedingt ist, und schon deshalb ist die Bezeichnung der Widersprüche als Lücken des Rechts nicht zu empfehlen.[2])

---

[1]) A. a. O., S. 179.

[2]) Heck (a. a. O., S. 165/66) findet, daß manche Angriffe auf die Lückentheorie darauf beruhen, daß das Wort Recht vieldeutig ist und

§ 118. Fortsetzung. Lücken ohne Entscheidungsinstanz.

Bisher haben wir das Lückenproblem in Hinblick auf eine richterliche Fallentscheidung untersucht. Wir haben nun auch noch einen Blick auf die Fälle zu werfen, in denen sich das Recht ebenfalls aus Anwendungsrücksichten als ergänzungsbedürftig, also lückenhaft erweist, ohne daß jedoch eine Instanz angegeben wäre, die auf dem Wege einer sekundären Rechtssetzung diese Ergänzung vorzunehmen hätte. Die Lücke ist da, aber die Entscheidungsinstanz fehlt.

Die Lücke ist im Falle des Vorhandenseins einer richterlichen Entscheidungsinstanz eben nur durch die Einsetzung dieser Instanz behoben;[1]) fehlt aber die Entscheidungsinstanz, so bleibt die lückenhafte Norm auch weiter lückenhaft.

Diese Sachlage ist besonders für diejenigen Fälle lückenhafter primärer Rechtsnormen einer Betrachtung unterzogen worden, in denen es sich um Pflichten der Rechtsmacht handelt und in denen die vorhandenen rechtsinhaltlichen Anordnungen eine *legitime* Lösung der Frage ausschließen. Dieser Punkt ist namentlich von G. Jellinek[2]) behandelt worden. Er konstruiert den Fall, daß die aus beiden Kammern vereinigte Nationalversammlung der französischen Republik, der die Wahl des Präsidenten der Republik zusteht, unmittelbar vor Ablauf der Präsidentschaftsperiode oder nach dem Tode des Präsidenten die Wahl eines neuen verweigerte. Ferner erwähnt Jellinek den Fall, daß in einer Monarchie, in der die

---

man von gewissen Bedeutungen aus allerdings die Bezeichnung Rechtslücke beanstanden kann. Namentlich bei dem „Maximalbegriff" von Recht, laut dem alle Sollvorstellungen, die den Richter zu einem Spruche veranlassen können und ebenso alle Ergebnisse seiner Normergänzung als Recht bezeichnet werden, könne von Rechtslücken nicht die Rede sein. Ähnlich auch Hellwig, *Lehrbuch des Zivilproz.*, II, S. 169 und Stammler, *Theorie*, S. 641. Es ist diese Bemerkung aber noch mit derjenigen Zitelmanns (*Lücken im Recht*, S. 9/10) zu ergänzen, daß es sich auch noch darum handle, ob man sich auf den Standpunkt vor oder nach Ergänzung der Lücken stellt.

[1]) Anschütz, *Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen*, Verwaltungsarchiv, XIV, S. 323 ff.

[2]) *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 347 ff. — Vgl. auch Zitelmann, *Lücken*, S. 32/33; Anschütz, a. a. O., S. 336—340.

Ernennung des Thronfolgers durch den regierenden Monarchen zu geschehen hat, dieser, ohne die Einsetzung seines Nachfolgers vorgenommen zu haben, stirbt. Diese Beispiele ließen sich leicht vermehren und lassen sich auf die allgemeine Formel bringen, daß bestehende Rechtssätze die *legitime* Lösung irgend einer Frage ausschließen.[1])

Nehmen wir z. B. an, daß eine lex in perpetuum valitura durch die Verhältnisse unausführbar wird. Wenn z. B. die Thronfolge für ewige Zeiten an eine bestimmte Dynastie gebunden ist, diese aber ausstirbt; wenn die durch das Recht bezeichneten Inhaber der obersten Gewalt diese verlieren oder ihre Ausübung verweigern, wenn das Staatsoberhaupt z. B die Ausübung der Herrschertätigkeit verweigert, ohne daß für diesen Fall vorgesorgt wäre, usw.

„Hier sind wir“ — nach Zitelmann — „am Ende der juristischen Dinge, die Jurisprudenz weiß keine Antwort mehr, und die nackten Tatsachen, die Machtverhältnisse müssen, wenn nicht der Staat zugrunde gehen und das Chaos hereinbrechen soll, irgend eine Lösung ergeben, Recht schaffen da, wo es vorher nicht war.“

Wir haben hier Fälle absoluter Lücken nach bestehendem Rechte, deren Ergänzung nur durch Rechtsbruch, also auf illegitimen Wege möglich ist.

Die Berücksichtigung solcher Fälle setzt zugleich die richterliche Fallentscheidung in ein helleres Licht, indem solche Fälle zeigen, daß im Bereiche dieser absolute Lücken nicht möglich sind.

§ 119. Kritik der psychologischen Freirechtstheorien.

Bereits aus dem Bisherigen geht zur Genüge hervor, daß sich irgendwelche *allgemeingültige* Feststellungen über das Verhältnis des Richters zum Rechte oder auch nur zum Ge-

---

[1]) Spiegel *(Gesetz und Recht,* 1913, S. 121) vermengt diese Frage unnötigerweise mit der der illegitimen Rechtsentstehung schlechthin. Der Unterschied besteht jedoch gerade darin, daß in den hier herangezogenen Fällen eine legitime Entscheidung nicht möglich ist, während in den übrigen Fällen von Illegitimität eine logische Möglichkeit der legitimen Lösung vorhanden wäre, nur tatsächlich nicht stattfindet.

setze nicht aus einer Psychologie des richterlichen Urteilens werden entnehmen lassen.[1])

Dieser Weg ist jedoch neuerdings auch öfters versucht worden. Am eingehendsten hat ihn Rumpf[2]) befürwortet, weshalb wir auch unserer Kritik seine Ausführungen zugrunde legen. Rumpf gelangt auf Grund „einer näheren Untersuchung der bei der Rechtsanwendung wirksam werdenden psychologischen Faktoren“ zu dem Ergebnis, daß „die Psychologie der Rechtsanwendung neben der rein logischen Funktion des Richters auch ein sittliches Werten und ein Wollen umfaßt“. Es läßt sich dagegen zeigen, daß die Frage, ob ein sittliches Werten und ein Wollen zur logischen Tätigkeit des Richters hinzuzukommen hat oder nicht, eine Frage des dem Richter übergeordneten Rechtsinhaltes, nicht aber eine Frage einer allgemeingültigen Psychologie des Urteilens ist, die es gar nicht gibt. Die von Rumpf gestellte Frage: „welche psychischen Faktoren treten im Auslegen in Tätigkeit?“ läßt sich nicht für jedes Recht schlechthin beantworten. Es kann auch ein Recht geben, das ein Werten und Wollen des Richters strengstens verbietet.[3])

Es ist diesbezüglich nur zu wiederholen, was Bierling schon längst gegenüber Adickes ausgeführt hat,[4]) daß wenn auf bestimmten Gebieten und zu bestimmten Zeiten „dem Richter wirklich zusteht, in geringerem oder ausgedehnterem Maße seine subjektive Vernunft walten zu lassen, so kann ihm das nimmermehr darum zukommen, weil es sich ‚aus der Natur der Sache‘ verstände, sondern einzig weil das Recht, das überhaupt seine Stellung als Richter begründet und seinen richterlichen Aussprüchen eine verbindende Kraft beilegt, unter gewissen Voraussetzungen ihn auf sein persönliches Ermessen verweist“.[5])

---

[1]) Ähnlich Carl Schmidt, *Gesetz und Urteil*, S. 17, 99.

[2]) Rumpf, *Gesetz und Richter*, S. 116; vgl. auch noch S. 25, 32, 41, 51.

[3]) Vgl. Somló, *Die Anwendung des Rechts*, Grünhuts Zeitschr., XXXVIII, S. 67–71.

[4]) *Kritik*, I, S. 101—104.

[5]) In seinem *Geist des röm. Rechts* (II, 2², S. 450) schlägt bereits Jhering, dessen sich die Freirechtsschule gern als eines ihrer Vorläufer rühmt, Töne an, als wollte er sich zur Unumgänglichkeit einer weit-

Der Gedankengang Rumpfs ist wieder ein Beispiel dafür, daß sich die Vorfragen der Jurisprudenz nicht gut aus dem Zusammenhang, in dem sie miteinander stehen, herausgegriffen lösen lassen. Rumpf stellt die These auf: „Man muß in der Rechtsanwendungslehre nicht fragen: aus welchen Quellen schöpft der Ausleger? — sondern: welche psychischen Faktoren wirken im Richter bei der Rechtsanwendung zusammen?"[1])

gehenden richterlichen Freiheit bekennen: „In der Theorie möge man dem Richter noch so sehr einschärfen, seinem Urteil über die Unangemessenheit des Gesetzes keine praktische Folge zu geben, die Tatsache wird dadurch nicht anders: *Dem Verdammungsurteil des Juristen ist auf die Dauer kein Gesetz gewachsen.* Absichtlich oder unabsichtlich wird die Hand des Richters lässig, der Arm der Gerechtigkeit erlahmt, der Scharfsinn des Exegeten bietet alle seine Mittel auf, das Gesetz zu durchlöchern und zu unterminieren, Voraussetzungen hineinzutragen, von denen das Gesetz nichts weiß, Werte, je nachdem es not tut, im weitern oder engern Sinne zu deuten, und wie durch stillschweigende Verschwörung finden auch die erzwungensten Deduktionen Eingang und willigen Glauben — *auch die Logik fügt sich dem Interesse.* Dieser stille Krieg der Juristen gegen das Gesetz wiederholt sich überall, wo ein Gesetz zu einer Unmöglichkeit geworden ist und doch von der Staatsgewalt nicht zurückgenommen wird. Es ist die natürliche Reaktion des Rechtsgefühls gegen eine eklatante Mißachtung seiner selbst seitens der Gesetzgebung".

Doch nimmt Jhering die Juristen des alten Roms, deren Tätigkeit er also schildert, sehr bald (S. 451) gegen den Vorwurf in Schutz, daß sie das alte Recht korrumpiert hätten. „Der Impuls zu dieser angeblichen Korruption ging nicht von ihnen, sondern von der Nation aus, und hätten sie auch der Strömung der Zeit Widerstand leisten wollen, so würde dieselbe sich doch in andrer Weise Bahn gebrochen haben. Aber eben weil und insoweit ihre Kunst ausreichte, das Nötige zu beschaffen, bedurfte es keiner Tätigkeit der Gesetzgebung; letztere wird regelmäßig nur da eingegriffen haben, wo die Jurisprudenz sich außerstand sah, die erforderliche Abhilfe zu gewähren."

Das klingt gleich ganz anders. Die Zulassung einer zweckentsprechenden Interpretation eines unzweckmäßig gewordenen Gesetzes ist die eine Möglichkeit für die oberste Macht zur Durchführung einer auch ihrerseits als notwendig erachteten Änderung. Sie kann unmittelbar tätig werden, wenn es notwendig ist, oder sie kann ein Auge zudrücken und die Interpretation gewähren lassen, wenn ihr das bequemer oder sonst angemessener erscheint. Das nationale Rechtsgefühl hat dabei aber nur dann etwas mitzureden, wenn es, wie im alten Rom, ein entsprechender Machtfaktor ist.

[1]) Rumpf, a. a. O., S. 25.

Nun läßt sich aber die Frage in dieser Isolierung gar nicht sinngemäß untersuchen. Sie ist nicht genügend präzisiert, um eindeutig zu sein. So viel steht von vornherein fest, daß sehr verschiedene „psychische Faktoren“ bei einer Urteilsfällung wirksam werden können. Bei einem schlechten, faulen, oberflächlichen oder parteiischen Richter können unter Umständen andere Faktoren wirksam werden als bei einem gewissenhaften. Bei diesem werden eventuell sittliche Wertungen im Vordergrund stehen, wo sie bei jenem fehlen. Es kommt eben nicht darauf an, welche psychischen Faktoren im Richter bei der Rechtsanwendung *tatsächlich* in Wirkung treten, sondern: welche in Wirkung treten sollen. Dies ist aber keine psychologische Frage mehr. Denn welche psychischen Funktionen er ausüben soll, sagt uns der Begriff des Richters, der nur auf Grund irgend welcher Rechtsquellen, als rechtsinhaltlicher Begriff, zu finden ist; damit sind wir aber von der psychologischen Fragestellung auch wieder zur normativen zurückgelangt. Diese lautet alsdann freilich nicht: „aus welchen Quellen schöpft der Ausleger?“ sondern: „aus welchen Quellen soll er schöpfen?“

Eine psychologische Fragestellung hätte neben dieser nur insofern ihre Berechtigung, als sich zeigen ließe, daß jede Auslegung *notwendigerweise* gewisse psychische Funktionen umfaßt. Die Frage lautet alsdann nicht, wie bei Rumpf: „welche psychischen Faktoren wirken im Richter bei der Rechtsanwendung zusammen?“, sondern: „welche psychischen Faktoren *müssen notwendigerweise* bei jeder möglichen Art von Auslegung unausbleiblich im Richter zusammenwirken?“ Damit wären wir aber zu dem Minimum der im § 112 behandelten allgemeingültigen Voraussetzungen jeder Rechtsanwendung zurückgekehrt.

Schließlich ließe sich die von Rumpf gestellte Frage noch in einem Sinne genauer fassen, nämlich: „welche psychischen Faktoren wirken im Richter bei der Rechtsanwendung *im Gebiete einer bestimmten Rechtsordnung gewöhnlich* zusammen, ohne daß die betreffende Rechtsmacht dagegen irgendwie Einspruch erhöbe?“ Damit hätten wir aber die rein psychologische Fragestellung wieder in eine juristische Rechtsquellenfrage umgebogen.

Rumpf will an Stelle der Rechtsquellen den Richter in den Vordergrund stellen.[1]) Aber was ein Richter ist, ist ja wieder nur eine bloße Rechtsquellenfrage. Ein Richter ist jedenfalls eine sekundäre Rechtsquelle;[2]) was aber über eine solche zu sagen ist, läßt sich nur dem Inhalt der primären Quelle entnehmen, der sie ihre Existenz verdankt. Man muß also die Frage der Rechtsanwendung erst an den ihr gebührenden Platz im System der Voraussetzungen jeder Jurisprudenz bringen, um den richtigen Gesichtspunkt für ihre Lösung zu gewinnen.

Wenn Gnaeus Flavius[3]) in ähnlichem Gedankengang das Beispiel des Bartolus anführt, von dem berichtet wird, er habe erst die Entscheidungen gemacht und sich dann von Tigrinius die zu ihnen passenden Corpus-Juris-Stellen aufweisen lassen, weil er wenig Gedächtnis besessen habe, und wenn Gnaeus Flavius hinzufügt, daß das allenthalben so ähnlich geschieht, so beweist das für unsere Frage wenig. Nebenbei bemerkt, wird es sich nicht immer so verhalten, das beweisen schon die noch häufigern leidenschaftlichen Klagen über eine eben nicht in dieser Weise vorgehende engherzige Buchstaben- und Begriffsjurisprudenz und eine ihr folgende Gerichtspraxis.[4])

---

[1]) A. a. O., S. 31/32.

[2]) Vgl. oben § 100.

[3]) Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, S. 21.

[4]) Vgl. z. B. Sternberg, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, I², S. 139: „Der Rechtshistoriker weiß, welche gewaltige Rolle das Drängen nach vom Schema gegängelter Bequemlichkeit bei Juristen aller Zeit gespielt hat; wie sie unschätzbare Zeit und Arbeit auf ‚logische‘ Auslegungstifteleien und auf die Beschaffung und Nachahmung von Vorlagen verwendet haben, um nur nichts selber denken und verantworten zu müssen. Und jeder Mitlebende weiß, daß der bureaukratische Geist, in dem doch das Justizbeamtentum Deutschlands und Österreichs noch erzogen ist, durchaus auf diesen geschäftigen, oft aufreibend und aufopfernd geschäftigen Müßiggang gestimmt ist, daß er in Vorschriftenkenntnis und das Kombinationenspiel der Vorschriftenmischung größte Ehre setzt, die soziale Sachforschung, die Vertiefung in das Psychische der Fälle und das Forschen nach außerhalb der Paragraphen lebendem Recht aber ablehnt“. Oder Stampe (*Unsere Rechts- und Begriffsbildung*, S. 35): „Normendeduktion und Tatbestandsfiktion sind bis zum heutigen Tage die Mittel, durch welche unsere Gerichte fast ausschließlich das ungeschriebene Recht gewinnen“.

Aber hiervon ganz abgesehen, ist aus den tatsächlichen Beweggründen, von denen sich der Richter leiten läßt, doch niemals auf seine grundsätzliche Stellung, in der er sich dem Rechte gegenüber befindet, ein Schluß zu ziehen. Denn damit wären wir wieder glücklich bei der Psychologie des Urteilens angelangt.

Wodurch sich irgend ein Richter gegebenenfalls bei seinem Urteilsspruch leiten läßt, ist ganz unabsehbar. Er kann ebensogut durch Pflichtgefühl wie durch Denkfaulheit, durch Herzensgüte wie durch Böswilligkeit, durch Gerechtigkeitssinn wie durch Bestechung, durch scharfsinniges wie durch fehlerhaftes Schließen zu einem Urteil gelangt sein. Es ist ja auch sehr gut möglich, daß er sich dabei gar nicht an das Recht kehrt, welches er anzuwenden hat.

Es kann eben daraus, was er tatsächlich macht, nicht darauf geschlossen werden, wie sich sein Verhältnis zum Recht gestaltet, denn dies ist eine normative Frage. Eine Voraussetzung könnte sein diesbezügliches tatsächliches Verhalten doch nur dann bilden, wenn es sich als ein unbedingt notwendiges nachweisen ließe, als eines, das gar nicht anders sein kann. Daraus, daß sich irgend ein Verhalten bloß als ein mehr oder minder häufiges nachweisen läßt, folgt noch gar nichts. Da sich aber, wie wir gesehen haben, das tatsächliche Verhalten des Richters dem Rechte gegenüber gar sehr verschiedentlich gestalten kann, vermag es keine Grundlage für eine allgemeingültige Lösung der Frage nach dem Verhältnisse des Richters zum Rechte abzugeben. Der Richter befindet sich diesbezüglich in demselben Verhältnisse wie jeder sekundäre Rechtsetzer. Nach der hier bekämpften Theorie könnte ja überhaupt gar niemandem, der subordiniertes Recht zu setzen hat, etwas anderes als die Setzung eines materiell, d. i. inhaltlich freien Rechts aufgetragen sein, und es müßte zugegeben werden, daß es eine Begriffs- oder gar Buchstabenjurisprudenz in der Praxis überhaupt gar nicht geben *kann*, — worüber doch weiter nicht viele Worte zu verlieren sind.

Es ist daher eine für unser Problem ganz unmaßgebliche Frage, auf die Jung[1]) großes Gewicht legt: „Woher stammen

---

[1]) Jung, *Das Problem des natürlichen Rechts*, S. 31.

nun aber diese nicht aus den überlieferten Rechtssätzen entnommenen Entscheidungen; was ist die *Rechts*quelle dieser Entscheidungen, die doch Aussprüche *Rechtens* sind?“ Jung beantwortet diese Frage dahin, daß „überall da, wo ein Urteil nicht aus einzelnen positiven Gesetzesstellen begründet ist, sondern durch Berufung auf das Verkehrsbedürfnis, auf die Interessenlage, auf die Natur der Sache, auf Zweckmäßigkeit, Vernunft, Treu und Glauben, Billigkeit usw., zustande kommt, liegt das tatsächlich Ausschlaggebende, die wirkliche ratio sufficiens cognoscendi darin, daß das Einzelergebnis an den allgemeinsten Unterlagen des Rechtsempfindens geprüft worden ist und dieses für die eine oder andere Seite entschieden hat“.[1]) Dies ist nun durchaus kein zwingender Schluß; es kann auch ebensogut einfach Beschränktheit oder Pflichtvergessenheit maßgebend gewesen sein, und wenn wir das Rechtsempfinden als Rechtsquelle bezeichnen wollen, könnten wir den letztgenannten Beweggründen diese Bezeichnung auch nicht vorenthalten. Die materiellen Obersätze, die sich auf dem Wege eines Rückschlusses aus dem richterlichen Urteil und dem beurteilten konkreten Falle ergeben, sind eben weder Rechtssätze, noch bieten sie für das grundsätzliche Verhältnis des Richters zum Rechte irgendwelchen Anhaltspunkt, noch lassen sie sich, falls sie vom Rechte abweichen, diesem als schlechthin ebenbürtige Sätze an die Seite stellen.

Es handelt sich gar nicht darum, woher der Richter gegebenenfalls den Inhalt oder die Gründe seiner Entscheidung hernimmt.[2]) Wie das Urteil tatsächlich zustande kommt, ist weder eine rechtsinhaltliche noch eine Voraussetzungsfrage, sondern eine für beide Gesichtspunkte unmaßgebliche individualpsychologische Fragestellung. Ob sich der Richter durch sein Rechtsgefühl bewußt oder unbewußt hat leiten lassen, ist für seine Stellung zum Recht ebenso unmaßgeblich und begründet den Standpunkt einer Gefühlsjurisprudenz ebensowenig wie etwa die Frage, ob er sich nicht durch Bestechung zu einer bestimmten Entscheidung hat verleiten lassen, zur Begründung

---

[1]) A. a. O., S. 43.

[2]) Vgl. Stammler, *Theorie*, S. 689.

einer Interessenjurisprudenz in einem neuen Sinne des Wortes dienen könnte.

Es soll also weder geleugnet werden, daß bei der richterlichen Rechtsanwendung Wollungen und andere Wertungen neben der logischen Tätigkeit eine Rolle haben können, noch daß ihnen insbesondere für unser heutiges Recht eine besondere Bedeutung zukommt; wir behaupten bloß, daß es sich immer nur in Hinblick auf einen bestimmten Rechtsinhalt feststellen läßt, welche diese Bedeutung ist.[1]) Und was hier für die psychologische Begründung der Freirechtstheorie im allgemeinen ausgeführt worden ist, gilt nicht minder für die besonderen psychologischen Theorien, wie die Theorien der Gefühls- oder der Interessenjurisprudenz in allen ihren Abschattungen, sobald sie sich als für jede mögliche Jurisprudenz gültige Voraussetzungslehren gebärden.

§ 120. Kritik der rechtsgeschichtlichen Freirechtstheorien.

Den Versuchen, das Prinzip des Verhältnisses von Recht und Richter aus einer Psychologie des Urteilens abzuleiten, stehen die Theorien nahe, die dieses Verhältnis auf Grund der Tatsache zu klären versuchen, daß der Richter Recht schaffe, daß das Urteilen eine rechtsschöpferische Tätigkeit, mithin eine Rechtsquelle sei.[2])

Da diese Theorie letzten Endes darauf hinausläuft, daß sie aus der geschichtlichen Betrachtung der Rechtsentwicklung zur Unvermeidlichkeit einer richterlichen Rechtsschöpfung gelangt, wollen wir sie als die rechtsgeschichtliche Freirechtstheorie bezeichnen.

Dieser Gedankengang bedeutet ein ebensolches Hysteronproteron wie die Ableitung der Stellung des Richters aus einer Psychologie der Urteilsfindung.

Die Begriffe Rechtsanwendung und Rechtssetzung (Rechtsfindung oder Rechtsschaffung) stehen in gar keinem Gegensatz,

---

[1]) Dagegen Oertmann, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, 1914, S. 1/2.

[2]) Zuerst von Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, 1883, S. 81 ff., dann nachdrücklich von Bülow, *Gesetz und Richteramt*, 1885, hervorgehoben.

nur dürfen dabei die Arten des primären und des sekundären oder allgemeiner des über- und des untergeordneten Rechts nicht außer acht gelassen werden. Auch der Richter schafft Recht, folglich ist auch er eine (innere) Rechtsquelle, nur eine sekundäre.[1]) Die Rechtsbefolgung oder -anwendung seitens der Normadressaten kann gerade in einem Normsetzen bestehen, der Adressat wird dadurch zu einem Organ. Es gilt diesbezüglich für den Richter dasselbe wie für jede sekundäre Rechtsquelle oder jedes Organ. Das ist längst erkannt und vielleicht am eingehendsten von Bierling ausgeführt worden:

„Innerhalb des Begriffs der Rechtshandlung sind nach Verschiedenheit der Rechtszwecke zu unterscheiden: Rechtssetzungshandlungen und Rechtsbetätigungshandlungen. Der erstere Ausdruck umfaßt alle diejenigen Rechtshandlungen, deren Zweck die Setzung irgendwelcher Rechtsnormen ist; der zweite alle andern, insbesondere solche, die auf Erfüllung einer Rechtspflicht oder auf Geltendmachung eines Rechtsanspruches gerichtet sind. Diese Unterscheidungen sind jedoch nicht als sich ausschließende zu verstehen: ein und dieselbe Handlung kann auch mehreren der genannten Kategorien zu gleicher Zeit angehören.“[2]) „So sind z. B. alle richterlichen Verfügungen, die ihrem Inhalte nach als Setzung subordinierter Rechtsnormen sich einführen, regelmäßig zugleich auf Erfüllung bestimmter richterlicher Pflichten gerichtet.“[3])

Aber auch auf einen weitern, höchst bedeutsamen Punkt, dessen nicht genügend scharfe Erfassung viel Verwirrung anstiftet, hat ebenfalls Bierling in aller wünschenswerten Klarheit hingewiesen: „Unter der Formulierung neuer Rechtsnormen begreifen wir jede bewußte Setzung oder Schöpfung von Normen,

---

[1]) Verkannt wird diese Sachlage z. B. von Wildhagen (Leipziger Zeitschr. f. Handels-, Konkurs- u. Versicherungsrecht, II, S. 484), indem er die Rechtsanwendung und Rechtsschaffung als unbedingte Gegensätze betrachtet: „Der Richter, und *nur* der Richter bildet schließlich erst für den einzelnen Streitfall das Recht“. „Er glaubt lediglich der Diener einer höheren Macht zu sein. Tatsächlich ist er kraft seines Amtes der Machthaber, der im einzelnen Falle durch seine Entscheidung das Recht diktiert.“

[2]) *Juristische Prinzipienlehre*, II, S. 46.

[3]) *Ebenda*, S. 82.

die sich als ein aktuelles Normgeben oder Normnehmen für bestimmte Subjekte charakterisiert".

„Als Rechtsanwendung aber ist eine solche Formulierung neuer Rechtsnormen nur zu bezeichnen im Hinblick auf bereits bestehende superordinierte Normen, als deren Anwendung die neuen, durch einfachen oder mehrfachen Willensakt gesetzten oder erst zu setzenden Normen sich darstellen. Und zwar *erscheint danach die Rechtsanwendung als eine wesentlich verschiedene, je nachdem das Verhältnis der subordinierten Normen zu den superordinierten ein engeres materielles, auch durch Übereinstimmung im Inhalt gekennzeichnetes ist oder nur ein wesentlich formelles.*"[1])

Es bestehen eben beide Möglichkeiten, sowohl die formelle als die materielle richterliche Rechtsschöpfung, nur kann die formelle natürlich niemals, die materielle aber immerhin, wie z. B. im Falle des starren Rechts — innerhalb der im § 112 gezogenen Grenzen — ausgeschlossen sein.

Allerdings gibt es ein Minimum von Selbständigkeit, das mit jeder Anwendung notwendig einhergeht und folglich auch bei der richterlichen nicht fehlen kann. Es ist aber bloß dieses *Minimum*, das sich mit Notwendigkeit aus dem Wesen der Rechtsdeutung und der Rechtsbefolgung, also auch der Rechtsanwendung für jedermann ergibt. Folglich lassen sich die über dieses Minimum jedoch weit hinausgehenden praktischen Forderungen der neuern Schulen nicht auf dieser Grundlage aufbauen, sondern derartige Forderungen wollen anders begründet sein.

Es ist nun *wohl* darauf zu achten, daß die als die rechtsgeschichtliche bezeichnete Freirechtstheorie, wenn sie die richterliche Tätigkeit als eine notwendigerweise rechtsschöpferische bezeichnet, nicht an dieses Minimum rechtssetzender Tätigkeit denkt, wonach *jede* richterliche wie jede andere autoritative Fallentscheidung einen für den einzelnen Fall gesetzten konkreten Rechtssatz bedeutet, sondern man meint damit, daß die richterliche Tätigkeit unaufhaltsam zur Schaffung materiell neuer Rechtssätze, also zur Schaffung

---

[1]) Bierling, *Juristische Prinzipienlehre.* IV, S. 335.

materiell neuer Obersätze dieser richterlichen Einzelentscheidung hindrängt. In diesem Sinne spricht man von einer schöpferischen Rechtsanwendung.

Es steckt hinter dieser Auffassung eigentlich die Lehre, daß jeder einer richterlichen Fallentscheidung zugrunde gelegte Obersatz damit zu einem Rechtssatz geworden ist.

Daraus, daß die richterliche Entscheidung, also das Urteil, einen besonderen Rechtssatz bedeutet, folgt aber noch nicht, daß auch der Obersatz, durch dessen Anwendung auf den entschiedenen Fall das Urteil gewonnen wurde, ebenfalls ein Rechtssatz sei.[1]) Und daraus, daß auch solche materiell neue Obersätze im Laufe der Entwicklung häufig zu Rechtssätzen werden, folgt wieder nicht, daß sie es unter allen Umständen werden müssen. Zu Rechtsnormen werden jene Obersätze erst, falls sie von dem Faktor, dessen Normen überhaupt Rechtsnormen sind, ausdrücklich oder stillschweigend angenommen werden. Dadurch aber, daß eine Rechtsmacht ein Urteil vollzieht, hat sie noch nicht auch den dem Urteil zugrunde gelegten Obersatz zu einem Rechtssatz erhoben. Ob und wann ein materiell neuer Obersatz eines richterlichen Urteils zum Rechtssatz wird, ist eine Rechtsinhaltsfrage und will als solche, nicht aber als ein Stück der Voraussetzungslehre behandelt werden. Es ist also die Rechtsnatur des Urteils von der Frage nach der Rechtsnatur des materiell neuen Obersatzes eines Urteils zu trennen, und es sind die

---

[1]) Es ist wohl richtig, wie Bülow (*Gesetz und Richteramt,* 1881, S. 40) hervorhebt, daß auch das gesetzwidrige (oder besser gesagt rechtswidrige) Urteil rechtsverbindlich ist oder doch sein kann. Aber damit ist noch bei weitem nicht gesagt, daß auch der Obersatz eines solchen Urteils rechtsverbindlich geworden sei. Man darf nicht glauben, daß man, wenn man die Gesetzmäßigkeit aller Urteile als Fiktion erkannt hat, damit auch schon den Rechtscharakter der Obersätze der nicht gesetzmäßigen Urteile erwiesen habe und nun auch schon deshalb von einer in diesem Sinne rechtsschöpferischen Praxis sprechen dürfe. Vgl. auch Jung, *Das Problem des natürlichen Rechts,* S. 18; Danz, Deutsche Juristen-Zeitung v. 15. 4. 1912. Auch das von Kiss, *Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht,* Iherings Jahrb., XXII, S. 46) herangezogene Prinzip: res iudicata ius facit inter partes besagt nicht, daß auch der Obersatz eines Urteils, nicht bloß das Urteil selbst, Recht sei.

Fälle, in denen auch ein solcher Obersatz zu einem Rechtssatz wird, von denen zu unterscheiden, wo er es nicht wird.

Wer in jedem vom Gesetz abweichenden, materiell neuen Obersatz eines Urteiles einen Rechtssatz sehen möchte, wäre gezwungen, diesen als einen nur für den einzelnen Fall gültigen zu betrachten. Dieser Zusatz müßte aber dann in den Wortlaut dieses Rechtssatzes aufgenommen werden. Er dürfte also nicht allgemein lauten. Als Obersatz des Urteiles lautet er aber allgemein. Der für den einmaligen Fall gültige Rechtssatz ist eben das Urteil selbst, jener Obersatz aber nur ein Gedankenmaterial des Urteils.

§ 121. Kritik der Syllogismustheorien.

Nach dem Gesagten bedarf es nur mehr weniger Worte über die älteren Subsumtions- oder Syllogismustheorien. Sie haben in methodischer Hinsicht den nämlichen Fehler begangen wie die verschiedenen Freirechtstheorien. Während diese die richterliche Wahl- und Wertungstätigkeit, anstatt sie aus besonderen ausdrücklichen oder stillschweigend gesetzten primären Rechtsnormen abzuleiten, aus dem Wesen des Rechts und der Rechtsanwendung allgemeingültig herauslesen wollten, stellte sich die ältere Lehre auf den Standpunkt, ebenfalls aus dem Wesen des Rechts und der Rechtsanwendung zu zeigen, daß der Richter zu nichts anderem als zu einer bloßen kognitiven Subsumtionstätigkeit verpflichtet und befugt sein kann. Daß die vom Richter anzuwendenden Obersätze nicht jedesmal fix und fertig vorliegen, hat auch die ältere Lehre nicht verkannt, nur meinte sie, diese Ergänzungstätigkeit sei notgedrungen eine kognitive, und übersah, daß der Richter auch zu darüber hinausgehenden geistigen Funktionen verhalten sein kann und es nach den praktisch bedeutsamsten Rechten auch ist.[1])

Sowohl die ältere wie die behandelten neueren Lehren wollten aus der Natur der Rechtsanwendung etwas heraus-

---

[1]) Über die Subsumtionstheorie Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, S. 12—22; Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, S. 100.

lesen, was sich nur einem besondern Rechtsinhalt entnehmen läßt. Der Unterschied zugunsten der neueren besteht höchstens darin, daß sie wenigstens in Hinblick auf den Rechtsinhalt, um dessen Erfassung es ihnen eigentlich zu tun war, der Wahrheit näher kommen.

§ 122. Schluß.

Es bedarf nach dem Gesagten kaum einer besonderen Hervorhebung, daß mit den voranstehenden Ausführungen über die sogen. Freirechtsbewegung in rechtspolitischer und in rechtsinhaltsdarstellender Hinsicht gar nichts gesagt ist und daß eine diesbezügliche Stellungnahme auch gar nicht in diesen Zusammenhang gehört, wo es uns nur um eine Grenzenziehung zwischen Jurisprudenz und juristischer Grundlehre zu tun sein konnte. Also nicht darum, was sich über die Freirechtsbewegung als Inbegriff gewisser rechtspolitischer Forderungen, oder als Darstellungsversuch der Deutungs- und Anwendungsnormen einer bestimmten Rechtsordnung sagen ließe, sondern nur darum, was über sie als über eine juristische Grundlehre zu sagen ist, war es uns zu tun. Sollte man aber meinen, es sei für diese Bewegung gar nicht von solchen allgemeingültigen Lehren die Rede, so war eben zu zeigen, daß die einschlägige Literatur in bezug auf die Grenzen zwischen den für jedes Recht gültigen Voraussetzungen, die mit dem Begriffe des Rechts gegeben sind, und den diesbezüglichen besonderen Bestimmungen, die erst mit einem besonderen Rechtsinhalt gesetzt sind, größtenteils nicht im klaren ist.[1])

Ferner sei zum Schluß auch noch darauf hingewiesen, daß die neuerdings ebenfalls wieder vielbehandelte Frage, welche Bedeutung dem Zweckmoment für die juristische Begriffskonstruktion zukomme, mit der Stellungnahme zur Rechtsdeutung mit entschieden ist, denn es ist gleichfalls ein Deutungsproblem. Wir haben bereits hervorgehoben, daß die Stellung des Richters zum Gesetze nur ein Sonderfall der Stellung des Normadressaten zum Recht ist. Für die

[1]) Vgl. dazu die ausgezeichneten Bemerkungen Merkls, *Zum Interpretationsproblem,* Grünhuts Zeitschr., XLII, 1916, S. 545/46.

Deutungen der Jurisprudenz und damit für die juristische Konstruktion ist demnach im Ausgeführten mitentschieden worden, daß sie teils auf Voraussetzungen beruhen, die für alles Recht gelten, weil sie eben im Begriffe des Rechts liegen, teils darüber hinausgehend auf rechtsinhaltliche Bestimmungen der darzustellenden Rechtsordnung zurückgehen müssen. Es kann daher auf die Frage, ob der Zweck der Rechtsnormen der juristischen Konstruktion als Grundlage zu dienen hat, weder einfach mit ja, noch einfach mit nein geantwortet werden: es ist ein Rechtsinhaltsproblem der Rechtsdeutung. Der Zweck ist bei der juristischen Konstruktion ebensogut oder ebenso wenig zu beachten wie bei der Rechtsanwendung. Seine Berücksichtigung ist a priori weder notwendig, noch ausgeschlossen. Ob eine Rechtsordnung eine teleologische Deutung ihrer selbst zuläßt oder nicht, und wie weit das eine oder das andere, darüber entscheidet sie selbst.[1] [2]

[1] Diese Frage ist nicht mit der andern, ob der Zweck einer Norm für ihre Rechtsnatur maßgebend ist, zu vermengen. Vgl. Kelsen, a. a. O., S. 84 ff. und die dort angegebene Literatur.

[2] Literaturangaben über die Anfänge der Freirechtsbewegung bei Gnaeus Flavius (H. U. Kantorovicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft,* 1906, Anhang. Auch das postume Fragment Austins, *On interpretation (Lectures,* II[5], S. 989—1001) ist hier zu nennen. Sodann Kohler in Grünhuts Zeitschr., XIII; Kohler in der Krit. Vierteljahrschr., N. F. XVIII; Kohler, *Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz,* in Jherings Jahrb., XXV, S. 262 ff.; ferner Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz.* Über die seither mächtig angewachsene Literatur siehe Hedemann, Arch. f. bürg. Recht, XXXI, S. 296 ff. und XXXIV, S. 114 ff.; Heck, *Rechtsgewinnung,* Anhang I und Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz.* Da die Literatur über die Rechtsdeutung und Rechtsanwendung vielfach auch auf die allgemeineren Fragen der Methode und des Wesens der Jurisprudenz übergreift, seien hier — auch der diesbezüglichen Orientierung halber — die folgenden Werke noch besonders erwähnt: O. Bülow, *Gesetz und Richteramt,* 1885; Gény, *Méthode d'interprétation et sources du droit,* 1899; Reuterskiöld, *Über Rechtsauslegung* 1899; Stölzel, *Rechtslehre und Rechtsprechung,* 1899; G. Rümelin, *Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht,* 1891; Zitelmann, *Lücken im Recht,* 1903; Zitelmann, *Die Kunst der Gesetzgebung,* 1904; Seuffert, *Über richterliches Ermessen,* 1880; Kloeppel, *Staat und Gesellschaft,* 1887, S. 228—231; Radbruch, *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung,* im Arch. f. Sozialwiss. u. Sozialpol., XXII, S. 369 ff.; Ehrlich, *Freie Rechts-*

findung und freie Rechtswissenschaft, 1903; EHRLICH, *Soziologie und Jurisprudenz,* Zukunft, XIV, 1906; EHRLICH, *Lücken im Recht,* Jurist. Blätter, XVII, S. 417 ff.; RUMPF, *Gesetz und Richter,* 1906; BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung,* 1907; STAMPE, *Unsere Rechts- und Begriffsbildung,* 1907; STAMPE, *Die Freirechtsbewegung,* 1911; SAXL, *Materialien und Gesetz,* 1905; HECK, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue,* DJZ. 1907; HECK, *Rechtsgewinnung;* HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz,* 1914; VAN DER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique,* 1907; SINZHEIMER, *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft,* 1909; DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte,* 1906; DANZ, *Die Entwicklung der Auslegung,* Das Recht, XI, 1907; LAZARSFELD, *Das Problem der Jurisprudenz,* 1908; FUCHS, *Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz,* 1909; FUCHS, *Recht und Freiheit in unserer heutigen Justiz,* 1908; FUCHS, *Schreibjustiz und Richterkönigtum,* 1907; FUCHS, *Klassische Einwendungen gegen die soziologische Methode,* in Holdheimers Monatsschrift, XX, 1911; GMÜR, *Die Anwendung des Rechts,* 1907; BOZI, *Die Weltanschauung der Jurisprudenz,* 1907; BOZI, *Die Fortbildung des Rechts,* Recht, 1906; MICHAELIS, *Die Emanzipation des Richters vom Gesetzgeber,* DJZ., 1906; KRAUS, *Die leitenden Grundsätze der Gesetzesinterpretation,* Grünhuts Zeitschr., XXXII, 1905, S. 613 ff.; ANSCHÜTZ, *Lücken in Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen,* Verwaltungsarchiv, XIV, S. 315—340; WURZEL, *Das juristische Denken,* 1904; DÜRINGER, *Richter und Rechtsprechung,* 1909; GMELIN, *Quousque,* 1910; OERTMANN, *Gesetzeszwang und Richterfreiheit,* 1909; OERTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrssitte,* 1914; JUNG, *Die logische Geschlossenheit des Rechts,* 1907; JUNG, *Das Problem des natürlichen Rechts,* 1912; BRIE, *Billigkeit und Recht,* Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilos., III, S. 526—534; H. REICHEL, *ebenda* S. 534/35; KISS, *Billigkeit und Recht,* ebenda S. 536—550; HARTZFELD, ebenda S. 584 bis 586; KISS, *Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes" Recht,* JHERINGS Jahrb., 2. Folge XXII, 1911; LUKAS, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers,* Festschr. f. LABAND, 1908; STIER-SOMLO, *Das freie Ermessen,* in der Festgabe für LABAND, II, 1908, S. 445 ff.; CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois,* 1910; GERLAND, *Die Einwirkung des Richters auf die Rechtsentwicklung,* 1910; BEROLZHEIMER, *Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz,* im Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilos., IV, 1911; KANTOROVICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie,* 1911; REGELSBERGER, *Gesetz und Rechtsanwendung,* in JHERINGS Jahrb., LVIII, 1911; STAFFEL, *Die Stellung des Richters gegenüber dem Gesetz,* DRZ. 1911; SOMLÓ, *Die Anwendung des Rechts,* in Grünhuts Zeitschr. XXVIII, 1911, S. 55—74; BAUMGARTEN, *Die Freirechtsbewegung,* DRZ. 1911; VIERHAUS, *Über die Methode der Rechtssprechung,* 1911; NEUKAMP, *Der gegenwärtige Stand der Freirechtsbewegung,* 1912; LAUN, *Zum Problem des freien Ermessens,* 1913; SPIEGEL, *Gesetz und Recht,* 1913; MÜLLER-ERZBACH, *Die Relativität der Begriffe,* 1913; PATTAI, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft,* 1913; WEHLI, *Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung,* 1913; W. JELLINEK, *Gesetz, Ge-*

Dreizehntes Kapitel.

Rechtspflicht und Rechtsgewährung.

§ 123. Die Rechtspflicht.

Jede Norm bedeutet ihrem Sinne nach ein Sollen, also eine Belastung dessen, an den sich die in ihr enthaltene Forderung wendet. Diese Belastung bezeichnen wir vom Gesichtspunkte des Normsetzers aus auch als ein Verpflichten, vom Gesichtspunkte des Belasteten (des Belastungssubjektes) oder, wie man zu sagen pflegt, vom *subjektiven* Gesichtspunkte aus, als *Pflicht*. Freilich, wenn unter Norm und Sollen nach einem bereits erwähnten Sprachgebrauch nur die unmittelbar evidenten oder absoluten Forderungen verstanden werden, so werden damit diese Bezeichnungen ausschließlich dem ethischen Gebiet vorbehalten. Und ganz dasselbe muß sodann auch für die Bezeichnung dieser Belastung als einer Pflicht des Belastungssubjektes gelten. Auch diese Bezeichnung wird nach dem einen Sprachgebrauch für die aus den Moralnormen folgenden Belastungen vorbehalten, während nach dem weitern Sprachgebrauch das Setzen jeder Norm als ein Verpflichten angesehen wird und dementsprechend durch jede Norm (im Sinne von Forderung) ein Verpflichtetsein oder kurz eine Pflicht des Adressaten entsteht, mithin nicht bloß von sittlichen, sondern von so vielen verschiedenen Arten von Pflichten die Rede sein kann, als es verschiedene Normen gibt.

Jedenfalls bedürfen wir eines Ausdruckes zur Bezeichnung der aus irgend einer Norm hervorgehenden Belastung desjenigen, an den die in der Norm enthaltene Forderung ge-

---

setzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen, 1913; Schmitt, *Gesetz und Urteil*, 1912; Kretschmar, *Die Methode der Privatrechtswissenschaft*, 1914; A. Hellwig, *Die Psychologie der Urteilsfindung*, 1914; Bendix, *Das Problem der Rechtssicherheit*, 1914; Otto, *Gewißheit der Richtersprüche*, 1915; v. Verdross, *Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung*, Österr. Zeitschr. f. öff. Recht, I, 1914; Reichel, *Gesetz und Richterspruch*, 1915; Szirtes, *Die Rechtswissenschaft eine Kulturmacht*, 1916; Tezner, *Konventionalregeln und Systemzwang*, Grünhuts Zeitschr., XLII, 1916, S. 557—638; Merkl, *Zum Interpretationsproblem*, Grünhuts Zeitschr. XLII, 1916, S. 534—556; H. Elze, *Lücken im Gesetz*, 1916.

richtet ist. Würde der Sprachgebrauch die Verwendung des Wortes Pflicht zur Bezeichnung dieser Belastung nicht zulassen, so müßten wir uns statt dessen nach einer anderen Bezeichnung umsehen. Da es jedoch mit dem Sprachgebrauche durchaus nicht unvereinbar ist, können wir die Normbelastung schlechthin als Pflicht bezeichnen und dann innerhalb dieses Pflichtbegriffes die notwendigen Unterscheidungen machen, je nachdem aus den verschieden gearteten Normen verschiedenartige Pflichten, z. B. sittliche, religiöse, Rechts- und Konventionalpflichten usw. hervorgehen.

Wer in Bemängelung dieses Sprachgebrauches das Wort Pflicht ausschließlich der ethischen Bedeutung vorbehalten wollte, der dürfte — darauf ist wohl zu achten — auf diesem Wege nur zu dem Ergebnis gelangen, die Belastungen durch nicht-ethische Normen und folglich auch durch Rechtsnormen einfach nicht Pflichten zu nennen. Man kann jedoch von diesem Ausgangspunkt aus keinesfalls zu dem Ergebnis gelangen, daß auch die sogenannten Rechtspflichten sittliche Pflichten seien. Diese Folgerung beruht einerseits auf einer Verwechslung der juristischen und der ethischen Bedeutung von Recht und geht nach dieser Richtung letzten Endes auf die irrtümliche Annahme eines inhaltlichen Rechtsbegriffes hinaus. Anderseits hat sie die Auffassung zur Voraussetzung, daß die Moral dem Recht eine charte blanche gebe, die das Recht beliebig ausfüllen könnte. Dadurch würde aber das Recht der Moral über den Kopf wachsen und der Gehorsam gegen das Recht schließlich zur obersten Moralpflicht erhoben werden. Da dem jedoch nicht so ist, da es absolut unsittliches Recht geben kann, so müssen wir die Auferlegungen der Rechtsnorm als von den moralischen Pflichten unabhängige Belastungen, und wenn wir zu diesem Behufe die Bezeichnung Pflicht verwenden wollen, als von den moralischen unabhängige Rechtspflichten anerkennen.

Der Begriff von Pflicht im Sinne von Normbelastung ist mithin bereits durch den Begriff der Norm gesetzt. Diese bedeutet immer auch die Setzung eines irgend jemandem obliegenden Sollens: einer Pflicht. Es ist folglich auch eine Rechtsnorm, die keine Rechtspflicht setzte, undenkbar. Der

Begriff der Rechtspflicht gehört zum elementarsten Bestand des Rechtsbegriffes, er ist bereits im genus proximum des Rechts enthalten. Es ist dies auch schon längst erkannt worden.

Nur darf man nicht annehmen, daß mit jedem Rechtssatz immer nur eine Pflicht der Rechtsuntergebenen gesetzt sei. Wir wissen bereits, daß jede Rechtsnorm entweder einen Befehl oder ein Versprechen des Normsetzers enthält, und wir haben nun die Folgen dieser Lehre für die Rechtspflicht zu ziehen. Nur die Befehlsnormen setzen eine Verpflichtung der Rechtsuntergebenen, die Versprechensnormen hingegen setzen eine Pflicht des Versprechenden, also in unserem Falle der Rechtsmacht selbst, — wie bereits hinsichtlich der Lehre von der rechtlichen Gebundenheit „des Staates" und vom „Staats"-Unrecht gezeigt worden ist.

§ 124. Zur Literatur über die Rechtspflicht.

Die Lehre, „daß alle Pflichten bloß darum, weil sie Pflichten sind, mit zur Ethik gehören," hat eine Stütze an Kant.[1]) Sie ist bei ihm direkt auf seine vernunftrechtliche Auffassung zugeschnitten. Kant nennt nämlich die heteronomen Normen schlechthin *juristische* und bezeichnet die Übereinstimmung der Handlung mit der Norm ohne Rücksicht auf die Triebfeder der Handlung im Gegensatz zur Moralität als Legalität;[2]) er lehrt ferner, daß die Gesetzgebung in bezug auf die (ethischen) Pflichten nicht allemal in der Ethik enthalten sei, sondern sich auch außerhalb dieser befinden kann. „So gebietet die Ethik, daß ich eine in einem Vertrage getane Anheischigmachung, wenn mich der andere Teil gleich nicht dazu zwingen könnte, doch erfüllen müsse: allein sie nimmt das Gesetz (pacta sunt servanda) und die diesem korrespondierende Pflicht aus der Rechtslehre als gegeben an."[3])

---

[1]) Kant *Metaphysik der Sitten*, WW. Akad. Ausg., Bd. VI, S. 219. Vgl. auch Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, WW, IV. S. 400: „Pflicht ist Notwendigkeit einer Handlung aus Achtung fürs Gesetz".

[2]) *Metaphysik der Sitten*, S. 214, 219.

[3]) A. a. O., S. 219/20.

Es fehlt dabei eben infolge seines Naturrechtsstandpunktes die Unterscheidung der ethischen Norm: pacta sunt servanda von der gleichlautenden juristischen. KANT spricht hier nicht vom „positiven“ Rechte; die Pflichten auf Grund des Begriffes von Recht, den KANT im Sinne hat, sind in der Tat ethische Pflichten. Auf die Frage aber, was nun die Belastungen durch das „positive“ Recht seien, geht KANT an dieser Stelle weiter nicht ein.[1])

In Verfolgung Kantischer Gedanken gelangt auch RADBRUCH[2]) dazu, die Möglichkeit heteronomer Verpflichtungen überhaupt zu leugnen und nur den Unterschied von „direkt-ethischen“ und „indirekt-ethischen“ Pflichten zuzulassen. „Bei diesen indirekt-ethischen Pflichten unterwirft sich die Sittlichkeit einer fremden Gesetzgebung, überläßt sie sich der spezifischen Dialektik eines anderen Vernunftgebiets, signiert sie gleichsam durch Blankoakzept einen erst von anderer Seite festzustellenden Pflichtinhalt.“[3]) Es macht sich hier wieder der bereits behandelte Mangel des Unterschiedes der zweierlei Arten des Sollens fühlbar und damit zusammenhängend die Verkennung der Selbstherrlichkeit der verschiedenen Normenarten ihrem Geltungsanspruche nach.[4])

---

[1]) Um so bezeichnender ist es, daß KANT trotz alldem nicht umhin kann, auch den anethischen Begriff der Pflicht zuzugestehen. So, indem er (*Mataphysik der Sitten,* S. 218) ausführt: „Zu aller Gesetzgebung (sie mag nun innere oder äußere Handlungen, und diese entweder a priori oder *durch die Willkür eines anderen* vorschreiben) gehören zwei Stücke: erstlich ein Gesetz, welches die Handlung, die geschehen soll, objektiv als notwendig vorstellt, d. i. welches die Handlung zur Pflicht macht“ usw. Danach gilt also auch eine Gesetzgebung, die bloß äußere Handlungen und bloß durch die Willkür eines anderen vorschreibt, als Quelle von Pflichten. KANT nennt Pflichten in diesem Sinne „eine bloße theoretische Erkenntnis praktischer Regeln“.

[2]) RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie,* S. 54 f.

[3]) A. a. O., S. 57.

[4]) RADBRUCH, a. a. O. S. 59 lehrt: „Eine Pflicht zu bloßer Legalität ist ein Widerspruch in sich, wenn man unter Pflicht das Verhältnis des Willens zu einer Norm versteht — und eine andere Definition dürfte kaum durchführbar sein. Will man Legalitätspflichten anerkennen, dann muß man sich dazu verstehen, von einer Verpflichtbarkeit des Körpers, ohne gleichzeitige Verpflichtung des Willens zu reden, dann muß man

Aus ähnlicher Auffassung heraus gelangt auch BINDER[1]) zu dem Ergebnis, daß sich eine Rechtspflicht als solche nicht begründen lasse. „Rechtspflichten sind Pflichten gegenüber dem Rechte, nicht durch das Recht, und sind in dem sittlichen Bewußtsein von der Notwendigkeit einer Rechtsordnung begründet, wie alle Pflichten darin ihre Grundlage haben.“ „Das Recht verpflichtet rechtlich zu nichts.“[2]) Diese Auffassung hängt mit dem bereits zurückgewiesenen Rechtsbegriffe BINDERS zusammen und wird der Tatsache nicht gerecht, daß es Rechtspflichten geben kann, die mit sittlichen Pflichten in Widerspruch stehen. Durch die Unsittlichkeit seines Inhalts verliert das Rechtsgebot nicht unbedingt seinen Rechtscharakter.

BIERLING[3]) will den Pflichtbegriff mit der Belastung aus „anerkannten“ Normen gleichsetzen. Der Begriff der Pflicht habe zwar den Begriff der Norm zur Voraussetzung, aber er sei mit diesem Begriff noch gar nicht gesetzt. „Die Vorstellung der Pflicht entsteht erst, indem der die Norm Anerkennende dieselbe speziell auf sich bezieht oder doch bezogen denkt.“ Da das „Anerkennen“ BIERLINGS, wie wir bereits gesehen haben,[4]) nichts weiter als ein Befolgen der Norm bedeutet, so ist damit der Pflichtbegriff auch bei ihm weit hinaus über das Reich des Sittlichen auf das ganze Gebiet der befolgten Normen ausgedehnt, was immer auch

---

sich entschließen, ganz allgemein das Verhältnis des Normsubstrats zur Norm, welcher Art auch jenes Substrat sein mag, Pflicht zu nennen, von einer Verpflichtung der Gedanken durch die logische Norm, von einer ästhetischen Pflicht des Marmors gegenüber dem Meißel zu sprechen“. Diese Folgerungen RADBRUCHS sind jedoch durchaus nicht zwingend. Es liegt kein Grund vor, weshalb nicht neben einer ethischen Verpflichtung des Willens seine davon unabhängige juristische Verpflichtung sollte angenommen werden können. Auch eine solche Verpflichtung bliebe noch immer das Verhältnis des Willens (nicht des Körpers) zu einer Norm.

[1]) BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, S. 37 ff. und *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, S. 188, Anm. 29, S. 220/21.

[2]) Dagegen GOLDSCHMIDT, *Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht*, 1914, S. 5; OERTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, S. 22 ff.

[3]) BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, I. S. 157 ff., II S. 36.

[4]) Oben, § 48.

das Motiv der Befolgung sei. Es würde danach mit der Beschränkung des Pflichtbegriffes auf die Auferlegungen durch „anerkannte“ Normen eigentlich nur die Anwendung dieses Begriffes auf die Auferlegungen nichtbefolgter oder unmaßgeblicher Normen ausgeschlossen. Da wir im folgenden auf diese Art von Normen ohnedies keine Rücksicht zu nehmen haben, braucht uns diese Frage nicht weiter zu beschäftigen.

Dem hier vertretenen Standpunkte ähnlich spricht Stammler[1]) von Pflichten im Sinne der Konventionalregel.

Für eine scharfe Auseinanderhaltung des ethischen und des juristischen Pflichtbegriffes tritt neuerdings Kelsen[2]) nachdrücklich ein. Es muß ihm auch darin zugestimmt werden, daß die Rechtsnorm und die Rechtspflicht nicht im Verhältnisse eines ursächlichen Verhältnisses zueinander stehen.[3]) Kelsen irrt jedoch darin, daß er annimmt, der Pflichtbegriff der Moral bedeute „einen realpsychischen Zustand“,[4]) der als „kausaler Erfolg“ des objektiven Sittengesetzes anzusehen sei. Die moralische Pflicht fordert nur einen solchen Zustand, aber sie ist nicht dieser Zustand, sondern sie ist ebenfalls nur eine Beziehung der Norm zum Normadressaten, wie die Rechtspflicht.

Noch weniger kann aber Kelsen hinsichtlich seiner eigenartigen Konstruktion der Rechtspflicht zugestimmt werden, wonach diese nichts anderes bedeutete als die Anwendungsmöglichkeit der Rechtsnorm auf den Einzelnen in dem Sinne, daß über ihn die im Rechtssatz ausgesprochenen Nachteile verhängt werden, falls er die ebenfalls daselbst ausgesprochenen Bedingungen setzt.[5])

Es zeigt diese Folge wieder das Verfehlte seiner Auffassung von der logischen Form des Rechtssatzes, infolge deren er nur in erzwungenen Wendungen und in einem uneigentlichen Sinne des Wortes überhaupt zu einem Begriffe der Rechtspflicht der Untertanen zu gelangen vermag. Da ihm der

---

[1]) Stammler, *Wirtschaft und Recht*, 1. Aufl., S. 127.
[2]) Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, S. 311 ff.
[3]) Kelsen, a. a. O., S. 347.
[4]) A. a. O., S. 314, 318.
[5]) A. a. O., S. 348.

Rechtssatz einen Willen des Staates zu eigenem Verhalten bedeutet, so erscheint ihm das Verhalten der Untertanen „nicht als *Inhalt*, sondern als *Bedingung* eines Staatswillens". „Der aus der Rechtsordnung konstatierbare bedingte Wille des Staates zur Strafe oder Exekution ist der Erkenntnisgrund für die Rechtspflicht der Untertanen." [1])

Es ist aber nichts anderes als ein Zwang an der Sprache, eine bloße Bedingung meines Verhaltens als Pflicht desjenigen zu bezeichnen, dessen Verhalten als die Bedingung meines Verhaltens angegeben ist. Wenn der Rechtssatz wirklich weiter gar nichts bedeutet als einen Willen des Staates zu eigenem Verhalten, so kann daraus höchstens eine Pflicht des Staates, nicht aber eine solche der Untertanen konstruiert werden. Auf Grund irgend einer Norm kann immer nur von einer Pflicht derjenigen die Rede sein, deren Verhalten die Norm fordert; denn Pflicht ist nichts andres als ein normgefordertes Verhalten. Geht also der Staatswille und damit die Rechtsnorm nur auf ein eigenes Verhalten des Staates, so geht sie eben auf keine Untertanenpflicht.[2]) Ist das Verhalten der Untertanen nur Bedingung für das eigene Verhalten des Staates, so ist es eben dem Belieben der Untertanen freigestellt, sich so oder anders zu verhalten und damit entweder das bezeichnete Verhalten des Staates eintreten oder nicht eintreten zu lassen. Ein *pflichtmäßiges* Verhalten der Untertanen kann es nach dieser Auffassung ebensowenig geben wie ein *pflichtwidriges.* Der Begriff der Untertanenpflicht ist nach dem Ausgangspunkte Kelsens unmöglich geworden.

Kelsen gelangt dazu nur, indem er die Staatstätigkeiten der „Strafe" und der „Exekution" aus dem Begriffe der übrigen gewollten und an das Verhalten von Untertanen geknüpften Arten des eigenen Verhaltens des Staates herausgreift. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb nicht ebensogut eine Klagepflicht des Untertanen entsteht, falls der Staat

[1]) A. a. O., S. 207.

[2]) Besonders kraß erscheint dieser Widerspruch, wenn Kelsen (S. 213) hervorhebt: der Rechtssatz könne *nur* durch das eigene Verhalten des verpflichteten Rechtssubjektes befolgt werden.

nach der Konstruktion Kelsens an ein bestimmtes Verhalten der Untertanen das Wollen seines eigenen Verhaltens, das in einer Entscheidung des Falles besteht, knüpft. Es müßte doch hier nach der Auffassung Kelsens ganz dasselbe Verhältnis zwischen Rechtssatz und Verhalten des Untertanen vorliegen wie im Falle der Strafe oder der Exekution. Das Verhalten des Untertanen ist hier wie dort einfach Bedingung für ein gewolltes eigenes Verhalten des Staates. Keine Klage, keine Untersuchung; kein Diebstahl, keine Strafe. Folgerichtig müßte sich Kelsen zur Auffassung bekennen, daß es dem Untertanen ebenso freigestellt sei, zu stehlen oder nicht zu stehlen, wie es ihm in gewissen Fällen freigestellt ist, nach bestem Gutdünken eine Klage zu erheben oder nicht zu erheben.

Wenn Kelsen trotzdem die Fälle der Straf- und Exekutionsfolge als eine Pflichtbegründung der Untertanen aus dem Kreise der übrigen Rechtsfolgen herausgreift, so hat er damit seine Lehre von der logischen Form des Rechtssatzes eigentlich aufgegeben.

Sagt doch Kelsen an anderer Stelle[1]) selbst: „Es ist kaum anzunehmen, daß nach dem üblichen *Sprachgebrauche* und der allgemeinen Vorstellung von der Rechts*pflicht* ein Verhalten der Menschen, das im Gesetze lediglich als Voraussetzung für einen Willen des Staates zur Gewährung eines *Vorteiles* fungierte, als Inhalt einer *Rechtspflicht* betrachtet werden könnte. Wenn der Staat jedem, der mehr als zwei eheliche Kinder erzeugt, eine jährliche Rente einräumen oder ein Mindesteinkommen garantieren will, so ist damit noch niemand *verpflichtet*, mehr als zwei eheliche Kinder zu erzeugen, während dasjenige Verhalten, das durch Androhung eines Nachteiles herbeizuführen bezweckt wird, zweifellos als Inhalt einer Rechtspflicht fungiert".

Es hätte nur noch eines weiteren Schrittes bedurft, um klarzulegen, daß auch ein Verhalten der Untertanen, das lediglich als Voraussetzung für einen Willen des Staates zur Verhängung eines *Nachteiles* dient, nicht als Inhalt einer Rechtspflicht betrachtet werden kann.

---

[1]) A. a. O., S. 218.

Auch wenn der Staat jedem, der nicht mehr als zwei eheliche Kinder erzeugt, eine jährliche Steuer oder sonst welche Lasten auferlegt, so ist damit noch niemand verpflichtet, mehr als zwei eheliche Kinder zu erzeugen. Es ist also falsch, daß „dasjenige Verhalten, das durch Androhung eines Nachteiles bezweckt wird, zweifellos als Inhalt einer Rechtspflicht fungiert“ — wie Kelsen annimmt. Die Pflicht ist erst die Folge eines Normwillens in bezug auf das Verhalten eines Normadressaten ohne Rücksicht auf seine Zustimmung. Solange es dem Untergebenen freigestellt ist, entweder ein bestimmtes Verhalten zu bekunden oder lieber irgend einen Nachteil auf sich zu nehmen, liegt keine Verpflichtung zu dem betreffenden Verhalten vor. Ist sein Verhalten nichts weiter als eine Bedingung zur Verhängung eines Nachteiles seitens des Staates, so wird durch einen Rechtssatz, der das bestimmt, noch keine Rechtspflicht geschaffen. Eine Rechtspflicht entsteht erst dann, wenn die Verhängung jenes Nachteiles nur der abgekürzte Ausdruck eines Befehles ist, wenn es also dem Untergebenen nicht anheimgestellt ist, sich so oder anders zu verhalten. Diese Wirkung kommt aber dem Befehl auch dann zu, wenn seine Verletzung nicht mit einem Nachteil bedroht ist. Es ist die Rechtspflicht der Untertanen also durchaus nicht aus der Nachteilverhängung, sondern aus dem Befehl, also aus einem besonders gearteten Wollen der normsetzenden Macht abzuleiten. Ob die Nichtbefolgung des Befehles mit einer Nachteilverhängung bedroht ist, ist dabei Nebensache. Ob in einem gegebenen Falle hinter einer Nachteilsverhängung ein Befehlswille steckt oder nicht, ist eine Interpretationsfrage.[1])

Mit der bereits zurückgewiesenen Auffassung Hold

---

[1]) Es ist eben nicht richtig, daß unter einer Rechtspflicht „die Subjektivierungsfähigkeit“ des objektiven Rechtssatzes, „d. h. seine Anwendbarkeit auf ein konkretes Subjekt“, zu verstehen sei, wie Kelsen (a. a. O. S. 348) annimmt. Diese „Subjektivierungsfähigkeit“ an und für sich liefert den Begriff der Rechtspflicht noch nicht. Die Rechtspflicht ist nur — wie Kelsen an anderer Stelle (S. 311) selbst richtig ausführt — *eine* der möglichen Beziehungen der Rechtsnorm zu einem Subjekt. Eine andere dieser Beziehungen ist das sogen. subjektive Recht

v. FERNECKS,[1]) daß als Norm nur ein sanktioniertes Wollen aufgefaßt werden könne, fällt auch seine Definition der Pflicht als „sozialpsychischer Zwang durch Drohung",[2]) die er fälschlich als eine Folge der Unfreiheit des Willens hinstellt. Pflicht bedeutet ein Sollen schlechthin, nicht bloß ein Sollen, dessen Verwirklichung irgendwie garantiert ist. Der Unterschied ist übrigens für unsere Erörterung auch hier wieder unmaßgeblich, da ja hinter der *Rechts*pflicht der „Zwang durch Drohung" „gewöhnlich" da ist.[3])

§ 125. Rechtsanspruch: Versprechensanspruch und Befehlsanspruch.

Die Versprechensnormen ergeben also keine Pflicht des Versprechensadressaten, sondern eine des Versprechenden (der Rechtsmacht), die Befehlsnormen hingegen setzen eine Pflicht der Befehlsadressaten. Betrachten wir nun das durch die Versprechensnormen gesetzte Verhältnis der Rechtsmacht zum Versprechensadressaten, so ergibt sich eine weitere subjektive Beziehung dieser Normen. Durch das Versprechen wird demjenigen, dem es geleistet wird, etwas *gegeben*, das Versprechen *gewährt* ihm etwas, es läßt ihm etwas *zukommen*, mit einem Worte, er *bekommt* dadurch etwas, wie wir auch immer diese eigenartige Beziehung ausdrücken mögen. Das Versprechen bedeutet für den Versprechenden ein Minus, für

---

[1]) Siehe oben, § 20.

[2]) HOLD V. FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, S. 80.

[3]) Vgl. auch AUSTIN, *Lectures*, I[5], 91, 409, 443, 452, 456, der den Begriff der Pflicht ebenfalls mit dem der Sanktion verquickt; A. MERKEL, *Hinterlassene Fragmente und ges. Abhandl.*, II, S. 313; SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, 1876, S. 175 ff. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, S. 185 hält dafür, daß „der Pflichtbegriff in erster Linie ein sittlicher ist": JELLINEK, *Die rechtliche Natur der Staatsverträge*, 1880, S. 6 ff.; SCHUPPE, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, 1887, S. 22. — Über die Auffassungen KIRCHMANNS, JELLINEKS, HOLD V. FERNECKS, SCHLOSSMANNS, HEINZES und M. E. MAYERS siehe KELSEN (a. a. O., S. 318—346). Nach HOLLAND, *The Elements of Jurisprudence*, 1880, S. 23 hätte es die Ethik mehr mit Pflichten, die Rechtslehre mehr mit Rechten zu tun, was jedoch nicht zutrifft und nur insoweit auch einen richtigen Kern birgt, als es die Ethik mit Rechten überhaupt nicht zu tun hat.

den Versprechensempfänger ein Plus dem status ante quo gegenüber.

Wie wir nun für das aus einer Norm folgende Sollen irgend jemandes, für die subjektive Beziehung einer Norm, die eine Belastung bedeutet, die Bezeichnung Pflicht haben, so bedürfen wir ebenfalls einer einheitlichen Bezeichnung der subjektiven Beziehung einer Norm, die ein derartiges *Geben*, eine solche *Bereicherung* ausdrückt. Wir wollen diese Beziehung vom Gesichtspunkte des Normsetzenden (Versprechenden) als Gewährung, vom Gesichtspunkte des Empfangenden hingegen als *Anspruch* bezeichnen.[1])

Wir haben damit die drei einfachsten, durch die Rechtsnorm geschaffenen Beziehungen kennen gelernt. Wir nennen sie einfach, weil sie aus einer unmittelbaren Beziehung des Normsetzers zu dem Normuntergebenen entspringen. Daraus, daß jede Rechtsnorm einen Normsetzer und einen Normuntergebenen voraussetzt, und daraus, daß jede Rechtsnorm

---

[1]) Vgl. Austin, *Lectures*, I[5], 397: „The party *towards* whom the duty is to be observed, is said to have a right". Er übersieht jedoch — und zwar von seinem ausschließlichen Imperativstandpunkte aus notwendigerweise — die Kategorie des durch eine Versprechensnorm gewährten Anspruches. Er lehrt (a. a. O. S. 284): „To every legal right, there are three several parties: namely, a party bearing the right; a party burthened with the relative duty; and a sovereign government setting the law through which the right and the duty are respectively conferred and imposed". Diese Lehre wird jedoch nur der sofort zu untersuchenden besondern Art des Befehlsanspruches gerecht. — Dasselbe gilt für die Anklänge an den hier vertretenen Standpunkt bei Br. Schmidt, *Der Staat*, S. 98. Die damit verbundene Lehre Schmidts, nach der es für die Ausübung jeder Pflicht einen Anspruch geben müsse, ist nicht zwingend. Ferner meint Austin, *Lectures*, I[5], S. 398, daß sich über den Begriff eines subjektiven Rechts nicht mehr sagen lasse als: „a party has a right, when another or others are bound or obliged by the law, to do or to forbear *towards* or *in regard of* him". Selbst in diesem *toward* oder *in regard of* steckt aber bereits der Begriff des Begünstigens oder des Zuteilwerdenlassens, sonst müßte auch die Verpflichtung des A, den B zu erschlagen, als subjektives Recht des B angesehen werden. Das *gegen* jemanden Verpflichtetsein bedeutet also nicht bloß die Richtung der Pflicht, sondern der Umstand des *für ihn* Verpflichtetseins. Es steckt also im Begriff des subjektiven Rechts immer die besondere Intention der Rechtsmacht, die wir als Gewährung bezeichnet haben.

entweder ein Befehl oder ein Versprechen ist, ergeben sich die Beziehungen der *Befehlsverpflichtung*, der *Versprechensverpflichtung* und des *Versprechensanspruches* als die drei einfachsten subjektiven Rechtsnormbeziehungen. Wenn wir uns daran erinnern, daß das Recht Befehlsnormen unbedingt enthalten muß, Versprechensnormen aber bloß enthalten kann, so ist damit auch gesagt, daß von diesen drei einfachsten subjektiven Beziehungen nur die der Befehlsverpflichtung eine notwendige ist, die beiden anderen hingegen auch fehlen können.

Die einfache Beziehung der Befehlsverpflichtung kann jedoch dadurch eine Komplikation erfahren, daß der Befehl einer Handlung zugleich einem (oder mehreren) anderen Normuntergebenen gegenüber eine Gewährung seitens der Rechtsmacht bedeutet. Wenn die Rechtsmacht eine Steuerleistung vom Untergebenen verlangt, so liegt bloß eine einfache Befehlsverpflichtung vor; wenn sie hingegen die Leistung einer Zahlung an einen andern Untergebenen fordert, so ist dadurch zu der subjektiven Beziehung des Normsetzers zum Befehlsadressaten erstens noch die subjektive Beziehung des Normsetzers auch zu jenem Untergebenen, dem gegenüber der Adressat die Zahlung zu leisten hat, und zweitens die subjektive Beziehung des also Verpflichteten zum Berechtigten hinzugekommen. An dem Verhältnis des Normsetzers zum Befehlsadressaten hat sich damit nichts geändert; der Adressat bleibt wie zuvor der Rechtsmacht gegenüber verpflichtet, nur ist er außerdem auch noch jenem anderen Adressaten gegenüber verpflichtet.[1]) Wenn die Rechtsnorm z. B. dem Sohne die Erhaltung der bedürftigen Eltern befiehlt, so ist der Sohn dadurch außer der originären Verpflichtung gegenüber der Rechtsmacht sekundär auch noch den Eltern gegenüber rechtlich verpflichtet. Es ist zur *primären* nunmehr die *sekundäre* Befehlsverpflichtung hinzugekommen. Beide haben den gleichen Inhalt und unterscheiden sich bloß dadurch, daß der Verpflichtete verschiedenen Faktoren gegenüber zu dem betreffenden Verhalten verpflichtet ist. Primär: der Rechtsmacht gegen-

---

[1]) Vgl. Hearn, *The Theory of legal Duties and Rights*, 141.

über; sekundär: einem (oder mehreren) Untergebenen gegenüber.

Es begründet aber eine derartige Rechtsnorm außer den erwähnten noch die weitere Beziehung der Rechtsmacht zu denjenigen Untergebenen, an die der Befehlsadressat etwas zu leisten hat. Diese bekommen nun etwas, eine solche Befehlsnorm gewährt ihnen etwas; sie belastet den einen und läßt dem anderen dadurch etwas zukommen.

Der sekundären Rechtsverpflichtung entspricht also ein Anspruch des Begünstigten. Wir werden derartige Ansprüche in Gegensatz zu den aus Versprechensnormen hervorgehenden *primären* als *sekundäre* Rechtsansprüche oder *Befehlsansprüche* bezeichnen.

Während also die primären oder Versprechensansprüche die Folge oder die Kehrseite eines Versprechens der Rechtsmacht bilden, sind die sekundären oder Befehlsansprüche die Folge eines Befehles der Rechtsmacht. Die primären oder Versprechensansprüche gehen auf ein Verhalten der Rechtsmacht, die sekundären oder Befehlsansprüche auf ein Verhalten irgend welcher Untergebenen.

Das logische Prius ist dabei immer die Versprechens- oder die Befehlsnorm. Daß es diesbezüglich auf die sprachliche Formulierung nicht ankommt, haben wir bereits bei der Erörterung der logischen Form des Rechtssatzes gefunden, und wir können an das dort Gesagte hier einfach erinnern. Es kommt also durchaus nicht darauf an, ob die sprachliche Fassung das Versprechen oder den Befehl, oder aber den betreffenden primären oder sekundären Anspruch in den Vordergrund stellt. Wenn der Rechtssatz auch den Anspruch der Rechtsmacht oder dem Verpflichteten gegenüber betont, so besteht seine Bedeutung nichtsdestoweniger darin, daß dadurch im ersten Fall eine Versprechens-, im zweiten eine Befehlsverpflichtung zum Ausdruck gelangt. Der Rechtssatz: die Untergebenen haben das Recht auf freie Betätigung ihrer Glaubensüberzeugung, bedeutet gerade soviel wie der Rechtssatz: die Rechtsmacht verspricht, niemand in der Betätigung seiner Überzeugung zu stören. Der Rechtssatz: der notleidende Vater hat ein Recht auf Erhaltung seitens des

Sohnes, bedeutet ganz dasselbe wie der Rechtssatz: der Sohn hat die Pflicht, den notleidenden Vater zu erhalten. Die Gewährung einer Forderung gegenüber jemandem bedeutet entweder das Versprechen oder den Befehl der betreffenden Leistung.[1])

Es ist also der Begriff des durch eine Rechtsnorm ausgedrückten *Zuteilwerdenlassens* oder *Zuerkennens* festzuhalten. Es darf dabei wieder nicht außer Acht bleiben, daß es die sekundäre Befehlsverpflichtung und damit natürlich auch die sich aus ihr ergebenden Beziehungen nicht unbedingt geben muß. Sie folgen nicht, wie der Begriff unserer primären Befehlsverpflichtung, aus dem Begriffe des Rechts, sondern gehören bloß zu den Rechtsmöglichkeiten.

Die durch irgendwelche Rechtsnormen gesetzten Beziehungen sowohl zwischen Rechtsmacht und Untergebenen, wie auch zwischen Untergebenen untereinander werden auch als *Rechtsverhältnisse* bezeichnet.

---

[1]) Kipp bei Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I[8], S. 136, Anm. „Unrichtig wäre es, dem Rechte zwei Forderungen in den Mund zu legen: du darfst fordern, und: du mußt zahlen; beide sind identisch; der Sinn der ersten ist kein anderer als der des zweiten". (Nebenbei bemerkt, wäre die erste: „du darfst fordern" gar keine Forderung, doch darüber weiter unten.) Vgl. auch Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I S. 114/115. — Kelsen, *Hauptprobleme*, S. 599—600 bestreitet, daß „ein durch irgendwelche Imperative geschütztes Interesse zum subjektiven Recht werden" könne, und meint: von einem Rechte zu sprechen, wenn die Tatsache vorliegt, daß die staatliche Autorität eine Willensdisposition für eine berechtigte, befugte erklärt und als eine solche anerkennt, „hieße die Terminologie des Gesetzgebers zur gesetzlichen Theorie proklamieren". „Wozu (der Gesetzgeber) jemanden für berechtigt erklärt, das kann für die rein theoretische Frage nach dem subjektiven Rechte nicht maßgebend sein."

Allerdings kommt es auf die „Terminologie" des Gesetzgebers nicht an, aber es handelt sich auch gar nicht um den Gebrauch bloßer *Worte* seitens des Gesetzgebers. Nicht auf seine Terminologie, sondern auf den durch diese zum Ausdruck gebrachten *Sinn* der Rechtsnorm kommt es an. Die subjektive Beziehung einer Rechtsnorm, die wir Anspruch nennen, ist durch den besonderen Sinn, durch die etwaige Bedeutung der Rechtsnorm, daß jemandem etwas zukommen solle, gesetzt. Haben nun bestimmte Imperative diesen Sinn, so ist dadurch ein Anspruch gesetzt.

§ 126. Das Verhältnis von Rechtspflicht und Rechtsanspruch.

Das Verhältnis von Anspruch und Pflicht läßt sich nach dem Gesagten leicht bestimmen. Da es einesteils keine Rechtsnorm geben kann, die nicht irgendeine Rechtspflicht setzte, diese also eine notwendige subjektive Beziehung der Rechtsnorm ist, da hingegen eine Rechtsnorm nicht unbedingt einen Anspruch zu gewähren braucht, dieser also eine bloß mögliche subjektive Beziehung der Rechtsnorm bedeutet, so folgt, daß Anspruch und Pflicht keine Korrelatbegriffe, nicht einfach verschiedene Seiten ein und derselben Sache sind, sondern daß es wohl niemals einen Anspruch ohne Pflicht, wohl aber Pflichten ohne Anspruch geben kann. Der Rechtsanspruch ist immer nur die Kehrseite einer Rechtspflicht, aber die Rechtspflicht läßt sich nicht als die Kehrseite eines Rechtsanspruches definieren. Dem Anspruch muß eine Pflicht entsprechen, aber der Pflicht braucht kein Anspruch zu entsprechen.[1])

Allerdings, will man aus dem von der Rechtsmacht an einen Untergebenen erlassenen Befehl einen „Anspruch" der Rechtsmacht auf Normbefolgung folgern; will man also die Rechtsmacht sich selbst Ansprüche erteilen lassen, so kann man auch behaupten, daß nicht nur jedem Rechtsanspruch eine Rechtspflicht, umgekehrt auch jeder Rechtspflicht ein Rechtsanspruch sondern entspreche.[2]) Wir würden aber damit der Sprache einen Zwang antun und außer einer willkürlichen Terminologie schließlich weiter nichts gewonnen haben. Da sich selbst niemand etwas *geben* kann, wohl aber durch Versprechen Pflichten auf sich nehmen kann, so kann sich die Rechtsmacht zwar verpflichten, aber sie kann sich keine Rechte verleihen.

Es ist dabei darauf zu achten, daß das Wollen der Rechtsmacht. das in der Rechtsnorm, die einen Befehl

---

[1]) Ähnlich Austin, *Lectures*, I[5], 100: „There are no laws merely creating rights. There are laws, is it true, which merely create duties: duties not correlating with correlating rights, and which, therefore may by styled absolute. But every law, really conferring a right, imposes expressly or tacitly a relative duty, or a duty correlating with the right". — Auch I[5], S. 283.

[2]) Siehe unten, § 142.

zum Ausdruck bringt, steckt, das Beanspruchen — wenn man es so nennen will —, das also gewissermaßen vor der Rechtsnorm einhergeht, nicht mit dem Anspruch aus der Rechtsnorm verwechselt werde. Keinesfalls, soviel steht fest und ist für unsere Zwecke auch hinreichend, besteht ein unvermeidliches Bedürfnis zur Konstruktion eines Rechtsanspruches der Rechtsmacht aus den von ihr selbst gesetzten Befehlen. Damit ist aber gezeigt, daß der Begriff von solchen Ansprüchen der Rechtsmacht kein juristischer Grundbegriff ist.[1])

[1]) Austin, *Lectures*, I[5], S. 284, 396 bezeichnet die Lehre von der Berechtigung des Normsetzers seinen Untergebenen gegenüber als absurd und lächerlich. Vgl. ferner die richtige Bemerkung Austins (S. 290), daß von der hier untersuchten Frage die Frage zu unterscheiden ist, ob eine Rechtsmacht Nichtuntergebenen gegenüber Rechte haben kann. Die Frage ist auch nach Austin ohne weiteres zu bejahen, da es sich hier nicht um Begünstigungen aus von ihr selbst gesetztem Rechte, sondern um Begünstigungen aus einem von einer fremden Rechtsmacht gesetzten Rechte handelt, d. h. um das Korrelat von Rechtspflichten jener fremden Untertanen, die ihnen von ihrer eigenen — nicht von der dadurch berechtigten Rechtsmacht auferlegt worden sind.

Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, I, S. 155 bedient sich der hier zurückgewiesenen Terminologie und spricht von Rechtsansprüchen des Rechtssetzers. Bei ihm erscheinen — auch infolge seiner besondern Theorie vom objektiven Rechte — Rechtsansprüche und Rechtspflichten immer als korrelative Begriffe (*ebenda*, S. 145). Sie sind ihm sogar das Ursprüngliche, und die abstrakten Normen sind ihm nur eine Objektivierung dieser Ansprüche und Pflichten. Das objektive Recht ist nach ihm „immer nur eine Form unserer Anschauung vom Rechte". „In Wahrheit" hat das Recht seine Existenz als Rechtsansprüche und Rechtspflichten (ebenda). „Die Norm wird einesteils gewollt als normgebender Wille, andernteils als normnehmender Wille. Fassen wir nun speziell Rechtsnormen ins Auge, so nennen wir den Willen in dem erstern Falle Rechtsanspruch, in dem andern Rechtspflicht." „Eine weitere Art, Normen zu wollen oder anzuerkennen, gibt es nicht." Da diese Theorie durchaus von der Bierlingschen Theorie der Rechtsnorm abhängt, können wir einfach auf das diesbezüglich (oben § 48) Gesagte verweisen.

Auch Jellinek läßt aus den vom Staat gesetzten Pflichten der Untergebenen einen Anspruch des Staates selbst auf die Pflichterfüllung, in erster Linie auf Gehorsam als „wirklichen Rechtsanspruch" hervorgehen, und es ist ja im allgemeinen in der juristischen Literatur eine weitverbreitete Gepflogenheit, von Ansprüchen des Staates zu sprechen. Nur hat ein solcher Sprachgebrauch nichts mit den Wesensbeziehungen der Rechtsnorm zu schaffen, sondern geht auf einen willkürlichen — nicht

Es folgt daraus zugleich, daß der Begriff eines Rechtsanspruchs überhaupt kein juristischer Grundbegriff ist. Er kann immer nur höchstens einen Allgemeinbegriff der Jurisprudenz ergeben, während der Begriff der Rechtspflicht mit dem Begriffe einer Rechtsnorm unzertrennlich einhergeht. Wenn wir uns im Folgenden mit dem Begriffe des Rechtsanspruchs trotzdem noch weiter befassen, so geschieht es nur, um diese durchaus nicht geläufige Behauptung zu erhärten.

---

notwendigen — Rechtsinhalt oder auf eine ebensolche Konstruktion eines Inhalts zurück. Wenn wir „den Staat" erst rechtsinhaltlich zu einem Rechtssubjekt machen, können wir ihm dann sowohl Ansprüche als Pflichten zuschreiben. Aber vom Gesichtspunkt einer Wesensbetrachtung aus kann bei einer so willkürlichen Konstruktion nichts Brauchbares gewonnen werden. Das zeigt uns am besten, daß der Gehorsam der Untertanen, also die allererste Grundlage für die Möglichkeit eines Rechts, nunmehr zum Rechtsanspruch des Staates, also zu einer rechtsinhaltlichen Forderung herabsinkt. Noch sonderbarer ist die Folge: „Eine eigentümliche Spezialisierung des Gehorsamsanspruches des Staates ist der Anspruch auf Anerkennung seiner obrigkeitlichen Akte" (*ebenda*, S. 188). Worin eine von der Gehorsamspflicht verschiedene Anerkennungspflicht bestehen sollte, ist nicht verständlich. Ähnlich nennt Voigt (*Wirtschaft und Recht*, Zeitschr. f. Sozialwiss., N. F. II, 311): „das Recht der öffentlichen Gewalt, Recht zu setzen und die Durchführung des Rechts zu erzwingen" als „das höchste subjektive Recht". Da müßte das subjektive Recht in naturrechtlicher Auffassung dem objektiven vorausgehen. Vgl. auch Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, S. 135 ff. und die dort angeführte Literatur. Um die Korrelation zwischen Recht und Pflicht aufrechterhalten zu können, sieht sich Hold v. Ferneck alsbald (S. 145 ff.) dazu gezwungen, Rechtssätze, die keine Rechte gewähren, „von der formalen Betrachtung auszuschließen". Schließlich muß er sich zu diesem Zwecke sogar dazu bescheiden, das Merkmal des „*unmittelbaren* Interessenschutzes" in die Definition des subjektiven Rechts aufzunehmen (S. 148). Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, S. 54, Anm. 20 bemerkt, daß auf das Pflichtelement im subjektiven Rechte besonders die Krause sche Schule (Ahrens, Röder) aufmerksam gemacht habe, und verweist auf Giner-Calderon, *Vorschule des Rechts*, S. 24 ff. — Auch Petrazycki, *Über die Motive des Handelns*, 1907, S. 28 begeht den Fehler, den sittlichen Normen als „rein imperativen, anspruchsfreien" Normen die Rechtsnormen als „imperativattributive" gegenüberzustellen, wobei er übersieht, daß es auch nichtattributive Rechtsnormen gibt.

§ 127. Der Klageanspruch.

Zur Sicherung eines Befehlsanspruches der Untergebenen pflegt ihm gewöhnlich das Versprechen der Rechtsmacht hinzugefügt zu werden, daß, falls der Verpflichtete den Befehl nicht gutwillig erfüllt, die Rechtsmacht die Erfüllung des Anspruches auf Verlangen des Begünstigten erzwingen oder den Verpflichteten mit einem sonstigen Nachteil beschweren wird. Der Begünstigte erhält damit einen Klageanspruch und die betreffende Befehlsnorm, wie man es zu nennen pflegt, eine Sanktion. Es sind jedoch in einem solchen Falle zwei Rechtsansprüche des Begünstigten wohl zu unterscheiden, einer dem Verpflichteten gegenüber aus der Befehlsnorm und ein anderer der Rechtsmacht gegenüber aus der Versprechensnorm.

Wie wichtig auch in praktischer Hinsicht der letztere sein mag, so ist es doch unangebracht, darob die Existenz des erstern zu übersehen. Dadurch, daß die Rechtsmacht dem A befiehlt, dem B etwas zu geben, hat sie diesem bereits etwas verliehen.[1] Geradeso, wie A durch einen solchen Befehl bereits verpflichtet oder belastet ist, ganz abgesehen von der Frage, was für den Fall vorgesehen ist, wenn er dieser Verpflichtung nicht nachkommt, geradeso hat B auch schon einen Anspruch gegenüber dem Verpflichteten erhalten, ganz unabhängig davon, ob ihm die Rechtsmacht auch noch ein Versprechen für den Fall leistet, daß dieser Anspruch nicht erfüllt wird. Was in dem Falle zu geschehen hat, wenn der Verpflichtete seine Pflicht nicht erfüllt, ob der Begünstigte für diesen Fall einen weitern Anspruch gegen die Rechtsmacht erhält, sind Fragen für sich, die nicht mit den Fragen zu vermengen sind, was für eine Pflicht, oder was für ein Anspruch bereits durch die Befehlsnorm gesetzt ist. Ob es die Rechtsmacht zweckmäßig findet, sich zu einem Zwang gegenüber dem nichtleistenden Verpflichteten zu verpflichten, ändert nichts an den Beziehungen, die bereits aus

[1]) Gegen die Gleichsetzung des Klagerechts mit dem Privatrechte und über das Verhältnis dieser beiden Rechte siehe die ausgezeichneten Ausführungen Plósz', *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, 1880, S. 1—45.

ihrem Befehl hervorgegangen sind. Es kann eine Rechtsverletzung der ehelichen Gemeinschaft seitens des einen Gatten vorliegen, ohne daß damit ein Rechtsnachteil verknüpft wäre, oder ohne daß dem verletzten Teile bereits ein Klagerecht zustände. Es wäre unrichtig, zu behaupten, daß die Ehegatten bloß zu dem Minimum ehelicher Pflichten rechtlich verhalten seien, bezw. nur auf das Minimum einen Rechtsanspruch gegenüber dem andern Teil hätten, durch dessen Verletzung ihnen bereits ein Klagerecht zugesichert ist.

Die Frage also, ob dem Begünstigten *auch* ein Versprechensanspruch gegenüber der Rechtsmacht zusteht, hat mit der Frage, ob ihm ein Befehlsanspruch gegenüber einem Rechtsuntergebenen zusteht, nichts zu schaffen.

Diese Frage geht übrigens auf das bereits oben [1]) erledigte Problem der lex imperfecta zurück. Daß dem durch eine lex imperfecta Begünstigten ein Anspruch gewährt ist, steht für alle Fälle fest. Ein solcher könnte höchstens, falls die lex imperfecta keine Rechtsnorm wäre, nicht als Rechtsanspruch bezeichnet werden. Ist sie hingegen — wie wir ausgeführt haben — eine Rechtsnorm, so ist damit auch die Rechtsnatur eines aus ihr fließenden Anspruches erwiesen.[2])

---

[1]) Siehe § 49.

[2]) Vgl. Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit,* S. 122—123, 144; ferner die Unterscheidung zwischen „perfect" und „imperfect rights" bei Salmond, *Jurisprudence,* 2. Aufl., S. 198. Reinach, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, in Husserls Jahrb., I, 1913, S. 820: „Neben den rechtlich geschützten kennt das positive Recht auch rechtlich nicht geschützte Ansprüche. So verliert ein — an sich klagbarer — Anspruch nach Ablauf der Verjährungsfrist und auf Grund der Einrede der Verjährung die Klagbarkeit. Daß er als Anspruch auch dann noch vorhanden ist, zeigt sich darin, daß er zur Grundlage eines Anerkenntnisses gemacht, durch Pfandrecht gesichert sein, zur Aufrechnung benutzt werden kann, usf., vor allem aber auch darin, daß die Realisierung des Inhaltes durch den Gegner als Erfüllung gilt und nicht etwa als Schenkung oder als ungerechtfertigte Bereicherung des Anspruchsinhabers aufgefaßt werden kann. Das positive Recht kennt eine ganze Reihe solcher naturaler Obligationen, die im einzelnen sehr verschiedene Eigenschaften aufweisen, aber alle darin übereinstimmen, daß ihnen einerseits der Rechtsschutz fehlt, und daß andrerseits die Leistung ihres Inhaltes als Erfüllungshandlung gilt". Vgl. auch Reichel, *Unklagbare Ansprüche,* 1911.

Der Klageanspruch bedeutet also bloß eine besondere Art der von der Rechtsmacht gesetzten Begünstigungen.

Andere Arten von Ansprüchen können sich ferner dadurch ergeben, daß die Ansprüche an verschiedene *Bedingungen* geknüpft sein können. Derlei Bedingungen haben mit dem Begriff eines Anspruches weiter gar nichts zu tun; sie berühren ihn nicht, sie bestehen innerhalb dieses Begriffes. Namentlich pflegt die allerdings höchst wichtige Bestimmung vorzukommen, daß Ansprüche von Willensäußerungen des *Begünstigten* abhängig gemacht sind. Davon sind wieder die Fälle zu unterscheiden, in denen Ansprüche an die Bedingung geknüpft sind, daß nicht der Begünstigte, sondern eine andere Person, der eine solche Äußerung unter bestimmten Umständen zur Pflicht gemacht ist, eine diesbezügliche Äußerung abgebe (gewisse Ansprüche Minderjähriger und Wahnsinniger, Nicht-„Handlungsfähiger"). Wenn wir immer vor Augen behalten, daß bereits der Begriff des Rechtsanspruches nur als juristischer Allgemeinbegriff, also nur aus einem zugrunde gelegten Rechtsinhalte heraus, nicht aber davon unabhängig gefunden werden kann, so ist es natürlich, daß alle erdenklichen Unterarten dieses Begriffes erst recht nur als Konstruktionen irgend eines gegebenen Rechtsinhalts eine Daseinsberechtigung haben können.

Die Schwierigkeiten hinsichtlich der Begriffsbestimmung des Rechtsanspruches stecken zum großen Teile darin, daß bald die soziale Tatsache eines Zuteilwerdenlassens seitens der Rechtsnorm, bald aber eine solche nur unter Verknüpfung mit gewissen Bedingungen zugrunde gelegt wird, z. B. unter der Bedingung einer Willensäußerung des Betreffenden, oder gewisser anderer Personen, oder ihrer Verbundenheit mit einem Klageanspruch usw. Da nun der Begriff des Anspruches überhaupt kein juristischer Voraussetzungs- oder Grundbegriff, sondern nur ein Rechtsinhaltsbegriff von universaler Bedeutung ist, läßt sich natürlich gegen eine solche Beschränkung dieses Begriffes a priori ebenfalls nichts einwenden, nur müßte sie rechtsinhaltlich, also *aus den Quellen* als geboten, d. h. als zweckmäßige Konstruktion nachgewiesen, nicht aber grundbegrifflich behandelt werden. Man darf also nicht

im grundbegrifflichen Sinne des Wortes über „das Wesen“ des subjektiven Rechts streiten. Wesenhaft ist im seinswissenschaftlichen Sinne daran nur die Möglichkeit einer Gewährung seitens der Rechtsmacht. Jede engere Umgrenzung des Begriffes, wie auch die *Verwirklichung* dieser Möglichkeit ist rechtsinhaltlich.[1])

Es ist also, wenn von Rechtsanspruch (oder subjektivem Recht) die Rede ist, entweder die *Möglichkeit* einer bestimmten sozialen Tatsache gemeint, also das Ergebnis einer vor- und foglich *noch nicht* juristischen phänomenologischen Analyse, oder eine rechtsinhaltliche Konstruktion. Jedenfalls muß aber die Forderung erhoben werden, genau anzugeben, im welchem Sinne der Begriff genommen sein will.

§ 128. Die Erlaubnis oder das Dürfen. Freiheitsrechte.

Wir können uns nunmehr einem weitern Unterschiede innerhalb des Begriffes des Rechtsanspruches zuwenden. Wir haben gefunden, daß jedes Recht die Kehrseite einer Pflicht ist, diese aber entweder eine (Versprechens-) Pflicht der Rechtsmacht oder eine (Befehls)- Pflicht von Untergebenen sein kann. Beiderlei Pflichten zeigen wieder einen Unterschied, je nachdem sie entweder Pflichten eines Tuns oder eines Nichttuns (Unterlassens), also positive oder negative Pflichten sein können.

Diesem Unterschiede entsprechend kann auch in bezug auf die Ansprüche der Unterschied beobachtet werden, daß sie entweder Ansprüche auf ein Tun oder Ansprüche auf ein Nichttun sein können. Dieser Unterschied ist namentlich für die Ansprüche, die ein Verhalten der Rechtsmacht zum Inhalte haben, von besonderer Bedeutung. Je nachdem nämlich die Versprechensnorm ein Tun oder ein Unterlassen zusagt, erhält der Berechtigte einen Anspruch auf ein aktives oder auf ein passives Verhalten der Rechtsmacht unter den in der Rechtnorm angegebenen Bedingungen. Dies macht aber einen gewaltigen Unterschied. Verspricht die Rechts-

[1]) Es kann folglich auch der Meinung Bekkers, *Pandekten,* I, S. 49 nicht zugestimmt werden, der die Behauptung aufstellt: „Der Begriff des subjektiven Rechts ist nicht absolut festzustellen“.

macht sich unter bestimmten Bedingungen passiv zu verhalten, so nennen wir den dadurch gewährten Anspruch ein *Dürfen* und die Gewährung eine *Erlaubnis.*

Es sind also behufs einer Systematik der Ansprüche vorerst diejenigen Befehlsnormen auszuscheiden, die keine Ansprüche begründen, sodann sind die Ansprüche, die sich aus Befehlsnormen ergeben, von den Ansprüchen zu unterscheiden, die aus Versprechensnormen hervorgehen; diese aber teilen sich wieder in zwei Gruppen, je nachdem sie auf eine Tätigkeit oder auf eine Unterlassung der Rechtsmacht gerichtet sind.

Es geht daraus auch hervor, daß man nicht neben Ansprüchen auf ein fremdes Verhalten auch noch solche auf ein eigenes Verhalten annehmen darf. Da alle Ansprüche immer nur als Korrelate von Pflichten möglich sind, müssen sich alle Ansprüche in solchen, die Ansprüche des Einen immer in Ansprüchen auf ein Verhalten eines Andern, in Pflichten dieser Andern, ausdrücken lassen.[1])

Das Dürfen ist das Gebiet der *Freiheit* der Untergebenen.[2]) Der Begriff der Freiheit ist ein negativer, der seinen besondern Inhalt immer erst von dem Positivum erhält, dessen Fehlen die Freiheit bedeuten soll. Die Freiheit eines Tieres bedeutet die Freiheit vom Käfig, das freie Fallen eines Körpers Freiheit von Reibung, das Freidenkertum eine Freiheit von bestimmten Autoritäten usw. usw. Die Freiheit im hier berührten juri-

---

[1]) Voigt, *Wirtschaft und Recht*, in der Zeitschr. f. Sozialwiss., N. F. II. S. 240—241 versucht die folgende Dreiteilung:

1. das Recht auf das Tun oder Unterlassen nach freier Wahl oder das Freiheitsrecht;
2. das Recht auf eine fremde Handlung;
3. das Recht auf eine fremde Unterlassung.

Die erste Art ist jedoch mit der dritten identisch. — Daß die Vierteilung des Modestinus (L. 7 de leg. 1, 3): Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire nur eine „anspruchslose Übersicht über die Wirkungsart der Gesetze“, nicht aber die Grundlage einer Gliederung sein will, ist schon von Savigny, *System,* I, S 58, Anm *h* bemerkt worden.

[2]) Bühler, *Die subjektiven öffentlichen Rechte* 1914, S. 63 findet es wunderlich, daß es bei den Untersuchungen über die rechtliche Natur der Grundrechte nicht schon längst in den Mittelpunkt der Erörterungen gestellt worden ist, daß die Grundrechte ganz regelmäßig Unterlassungsrechte sind.

stischen Sinne bedeutet die Freiheit vom Eingreifen der Rechtsmacht, sie bedeutet ein Gebiet menschlicher Betätigung und Lebensverhältnisse, in das die Rechtsmacht, nicht einzugreifen, versprochen hat. Der also Begünstigte kann also tun oder lassen, *ohne daß er ein Eingreifen der Rechtsmacht zu befürchten hätte*: er darf, er hat eine Erlaubnis.

Ganz anders gestaltet sich der Versprechensanspruch, wenn das Versprechen, das ihn begründet, eine positive Leistung der Rechtsmacht zum Inhalt hat. In diesem Falle hat die Rechtsmacht etwas zu tun. Allerdings kommt der Begriff der Erlaubnis oder des Dürfens bereits im gewöhnlichen Sprachgebrauch auch in einem weitern, nichteigentlichen Sinne vor, der dann irrtümlicherweise auch der Rechtstheorie viel zu schaffen macht. In diesem Sinne bedeutet Erlaubnis bezw. Dürfen nicht bloß die Kehrseite eines Versprechens, sondern überhaupt die Kehrseite des Nicht-verbotenseins. In diesem Sinne ist schließlich auch das Befohlene erlaubt. In diesem Sinne könnte man sagen, daß das Kind die Aufgabe, die zu machen ihm befohlen wurde, auch machen darf.[1]) Es ist aber für die Rechtstheorie nicht von Nutzen, auf einen derartigen weiten Sprachgebrauch einzugehen. Es kann ihr ja nicht darauf ankommen, was der Sprachgebrauch alles gestattet, sondern sie hat dem Sprachgebrauch bloß die geeigneten Bezeichnungen für begriffliche Verschiedenheiten, auf die es *ihr* ankommt, zu entnehmen. Schließlich ist eine Rechtslehre kein Lexikon der deutschen Sprache. Daß man das, was man einmal als befohlen bezeichnet hat, dem Sprachgebrauche nach nun auch wieder als erlaubt bezeichnen könnte, braucht uns ja nicht dazu zu verleiten, dies auch zu tun und dann darin ein Problem zu sehen.

Allerdings liegt für den Begriff des Dürfens auch noch die Möglichkeit vor, wonach es dem Inbegriffe der nichtverbotenen Handlungen mit Ausschluß der gebotenen gleichkäme.

[1]) Vgl. Hold v. Ferneck. *Rechtswidrigkeit*, I, S. 140 u. bes. S. 284: „Erlauben ist keine Tätigkeit. Von einer Handlung aussagen, sie sei erlaubt, bedeutet nichts, als: sie sei nicht verboten“. Danach wäre die Annahme erlaubender Rechtssätze und überhaupt des Begriffes der Erlaubnis für die Rechtslehre freilich vollkommen überflüssig.

Es bedeutete in diesem Sinne die bloße Tatsächlichkeit des weder Geboten- noch Verbotenseins, zum Unterschiede von dem durch ein Versprechen zugesagten Nichtgeboten- und Nichtverbotensein. Danach wären die Freiheitsrechte im letztern und engern Sinn von der juristischen Freiheit im weitern Sinn, die auch als rechtsleerer Raum bezeichnet wurde, zu unterscheiden.

Der Bestimmung des Begriffes der Erlaubnis oder des Dürfens macht es aber auch — abgesehen von dieser Vermengung der Erlaubnis im engern oder eigentlichen und in jenem weitern oder uneigentlichen Sinne — besondere Schwierigkeiten, daß der Rechtslehre die Kategorie der Versprechensnorm und damit die Handhabe zur Begrenzung des Dürfens im engern Sinne fehlt. Dies ist nämlich überall der Fall, wo im Dürfen oder Erlaubtsein eine eigentümliche Beziehung der Rechtsnorm gesehen wird, der keine Verpflichtung entsprechen, die also *neben* die aus Verpflichtungen folgenden Ansprüche zu setzen sei.

Die Untersuchung einiger Theorien soll diese Schwierigkeiten näher beleuchten.

§ 129. Zur Literatur des Dürfens und der Freiheitsrechte.

Wenn man sich die Hilflosigkeit der juristischen Theorien des Dürfens oder der Freiheitsrechte vergegenwärtigt, könnte man sich zur besten Kennzeichnung dieser Theorien des Ausspruchs Malebranches: la liberté c'est un mystère bedienen. Für die Imperativtheorie muß die Freiheit des Individuums gegenüber dem Staate tatsächlich ein Mysterium bleiben. Und es ist zu verwundern, daß die Schwierigkeiten, die der Imperativtheorie an diesem Punkte entgegengetreten sind, nicht schon längst zur bessern Ausnützung der Erkenntnis geführt haben, daß es neben den Befehlsrechtsnormen auch Versprechensrechtsnormen geben kann.[1])

[1]) Vgl. Giese, *Die Grundrechte*, 1905, S. 2: „Was man eigentlich unter diesen Grundrechten zu verstehen hat — auf diese Frage hat die Staatsrechtslehre bis heute noch keine befriedigende Antwort gegeben".

Mangels der Kategorie der Versprechensnormen mußte bereits der besonders konsequente Austin bei seiner Definition der Freiheit besonders fehlgehen. Er stellt sich die Frage: Wenn die Rechtsmacht nicht juristisch gebunden sein kann, worin besteht sodann der Unterschied zwischen einer sogen. freiheitlichen und einer despotischen Regierung? Und er beantwortet sie dahin, die politische oder bürgerliche Freiheit sei weiter nichts als Freiheit von rechtlicher Verpflichtung.[1]) Sie wäre also einfach das Nichtgebotene und Nichtverbotene. Nichts zeigt das Unangemessene jenes Ausgangspunktes deutlicher als diese Folge. *Alles* ist doch schließlich in gar keinem Staate entweder geboten oder verboten. Die tatsächlichen Gebote und Verbote bilden doch überall nur einen geringen Teil der möglichen. Ein despotischer Staat wäre mithin unmöglich. Diese Betrachtung der Frage verliert eben den ausschlaggebenden Unterschied aus den Augen, der darin besteht, ob das Nichtbefohlensein nur ein tatsächliches ist, oder ob auch das Versprechen eines Nichteingreifens dahinter steckt. Folglich findet es Austin — wieder in folgerichtiger Festhaltung seines Ausgangspunktes, d. i. seiner Definition des Rechts — nicht möglich, einen *formalen* Unterschied zwischen einer despotischen und einer freiheitlichen Regierung anzugeben, und nimmt an, daß damit nichts weiter gemeint sei, als daß die eine Regierung mehr als die andere das allgemeine Wohl im Auge habe.[2])

Bierling,[3]) stellt die Lehre auf, daß das Dürfen zwar auch im juristischen Sprachgebrauche auch im Sinne eines Anspruches vorkommt (und daß in unseren Gesetzen manchesmal das Dürfen eigentlich ein Sollen ausdrückt, also nicht einen Anspruch gewährt, sondern eine Verpflichtung setzt),[4]) er vindiziert aber für das Dürfen oder das Erlaubte auch den dritten Sinn, in dem es einfach das *Nichtverbotene* oder besser das den Rechtsnormen *Nichtwidersprechende* bedeutet.[5])

---

[1]) Austin, *Lectures*, I[5], S. 273/74.

[2]) A. a. O., S. 276—278.

[3]) *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, II, S. 307—308.

[4]) *Ebenda.*

[5]) A. a. O., S. 311.

In diesem Sinne gäbe es also ein *einfaches Erlaubtsein*, das noch keinen Anspruch bedeutete und „dem niemals eine besondere speziell korrespondierende Pflicht gegenübersteht".[1])

Natürlich, wo die Kategorie der Versprechensnormen und der damit gesetzten Versprechensverpflichtungen fehlt, wo also Verpflichtung immer nur die Befehlsverpflichtung der Untergebenen bedeutet, da kann man nicht zur Erkenntnis gelangen, daß es neben Gebot und Verbot (also neben Befehl) und neben den aus ihm folgenden Beziehungen der Pflicht und des Anspruches auch noch eine dritte besondere Art von Rechtsbeziehungen geben muß: die des Erlaubtseins, des Dürfens, der Befugnis, oder wie man sie sonst nennen mag. Diese Erkenntnis eines Dürfens oder einer Befugnis ist weiter nichts als die Erkenntnis einer Beziehung, die aus der nichterkannten Versprechensnorm eines passiven Verhaltens folgt.

Daß dem so ist, ergibt sich auch aus den Beispielen Bierlings: „Entspricht etwa unserer Befugnis, uns unser Leben nach unserem Belieben einzurichten, eine allgemeine Pflicht, alles zu unterlassen, was uns darin stören könnte? Oder entspricht etwa gar der Befugnis zu jeder einzelnen geistigen oder äußern Tätigkeit, z. B. zum Essen und Trinken, eine besondere Verpflichtung anderer, solchen Tätigkeiten schlechthin kein Hindernis in den Weg zu legen? — Zweifellos nicht". Gewiß besteht auch diese Verpflichtung, und sofern sie besteht, bezeichnet das Dürfen eben die Kehrseite einer Befehlsverpflichtung (wie z. B. im Falle, wenn ich durch ein Grundstück eines anderen hindurchgehen *darf*), aber es besteht allerdings auch noch eine andere Bedeutung der Befugnis in den angeführten Fällen, und das ist eben die Kehrseite der Zusage der Rechtsmacht, mich in diesen Betätigungen nicht zu stören und über mich wegen ihrer Ausübung keine Rechtsnachteile zu verhängen.[2])

Wenn nun Bierling der Meinung ist,[3]) daß derartige

[1]) A. a. O., S. 324.

[2]) Dasselbe gilt für die weiteren diesbezüglichen Beispiele Bierlings, *Kritik*, II, S. 53, 326.

[3]) A. a. O., S. 317.

Verpflichtungen des Staates nicht *ausdrücklich* ausgesprochen sind, so ist darauf nur zu erwidern, daß es auch gar nicht notwendig ist, daß sie immer ausdrücklich ausgesprochen seien. Sie können sowohl ausdrücklich als nichtausdrücklich ausgesprochen sein; dieser Umstand ist für ihre logische Struktur sicher nicht von Bedeutung. Ausdrücklich ausgesprochen werden sie gewöhnlich, wenn sie im Gegensatz zu einem Rechtssatz auftreten, der vorher bestanden hat. (So z. B. im Falle der sogen. Freiheitsrechte im engeren Sinne.) Bereits weniger ausdrücklich ist die Selbstverpflichtung der Rechtsmacht, wenn der Grundsatz aufgestellt ist: nulla poena sine lege. Noch weniger in die Augen springend ist diese Gebundenheit der Rechtsmacht und das daraus folgende Gebiet der sogen. Befugnisse oder des Erlaubten, wo überhaupt der konstitutionelle Grundsatz besteht, daß die Verwaltung nur auf Grund der gesetzlichen Ermächtigungen verfahre. In diesem Sinne hat das Erlaubtsein im Rechtsstaate einen weitergehenden Sinn als im Polizeistaate, wo das Eingreifen der Rechtsmacht wegen einer nicht schon *vorher* verbotenen Handlung keiner Versprechensnorm widerläuft. Für den Rechtsstaat, also für unsere Verhältnisse, kommt es tatsächlich vom Gesichtspunkte des Strafrechts gewöhnlich auf dasselbe heraus,[1]) ob etwas einfach nicht verboten ist, oder ob das Nichtverbotensein ausdrücklich hervorgehoben ist, weil eben ein Generalversprechen der Rechtsmacht besteht, wegen nicht vorher Verbotenem keine Nachteile zu verhängen. Wo hingegen ein ähnlicher Rechtszustand nicht besteht, kann auch von einem besondern Gebiete des Erlaubten nicht die Rede sein. Nicht so vom Gesichtspunkte des Staatsrechts aus.

Freilich gibt es nach dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens auch einen vierten Sinn dieses Wortes, in dem es nur *das ausdrücklich Erlaubte* bezeichnet, und da eine solche ausdrückliche Erlaubnis nur in zweifelhaften Fällen und namentlich dort eine Bedeutung hat, wo die Erlaubnis als Ausnahmebestimmung, also als Aufhebung eines Verbotes vorkommt, so wird dann in den unzweifelhaften Fällen nicht von einem

---

[1]) Vgl. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, I, S. 93.

Erlaubtsein oder Dürfen in diesem Sinne gesprochen. So sprechen wir z. B. davon, daß das Kind eine Erlaubnis hat, ins Theater zu gehen, womit die Ausnahme von dem Verbote, nach Belieben dahin zu gehen, gemeint ist. Wir sprechen hingegen nicht von einer Erlaubnis, beim Gehen den einen Fuß vor den andern zu setzen, obwohl das auch nicht verboten ist. Der Sprache des gewöhnlichen Lebens kommt es eben gar nicht darauf an, sämtliche logischen Beziehungen, die aus einer Vielheit von Normen fließen, eindeutig und vollkommen *erschöpfend* zu bezeichnen, wogegen gerade das eine Aufgabe der Rechtstheorie in bezug auf die Rechtsnormen ist. Die Sprache gestattet einmal, auch das Gebotene erlaubt zu nennen, ein andermal scheut sie sich das Gebiet des bloß stillschweigend Nichtverbotenen als ein Dürfen zu bezeichnen. Eine wissenschaftliche Theorie hat aber diesem Gebrauch nicht einfach nachzugehen und sich auch um seine Lücken nicht weiter zu bekümmern. Es würde einem Chemiker nie einfallen, sich darum zu scheren, ob etwas nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch als ein Verbrennungsprozeß bezeichnet wird oder nicht. Der BIERLINGsche Begriff des Erlaubten: das dem Rechtssatze Nicht-Widersprechende, läßt sich schon deshalb nicht *neben* Pflicht und Anspruch stellen, weil er beide umfaßt.[1]) Er kann daher nicht den engern Begriff des Erlaubten abgeben, den zu suchen auch BIERLING ausgegangen ist.

Einen weitergehenden Versuch zur Bestimmung der Natur des Dürfens verdanken wir JELLINEK.[2])

Er schränkt das Gebiet der *Erlaubnis* zunächst dem gewöhnlichen Sprachgebrauch gegenüber ein. Er nennt erlaubte Handlungen nur solche nichtverbotene, die eine rechtlich erhebliche Wirkung auf andere hervorzubringen imstande sind.[3]) Es ist aber einleuchtend, daß eine solche Wirkung nicht aus dem Nichtverbotensein, sondern nur aus einem Befehl oder einem Versprechen der Staatsmacht

---

[1]) BIERLING, *Kritik,* II, S. 23.

[2]) JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte,* S. 43–50. Eine Kritik bei KELSEN, *Hauptprobleme,* S. 632—655.

[3]) A. a. O., S. 43.

hervorgehen kann. Es ist also das Erlaubtsein nicht als ein Nichtverbotensein zu kennzeichnen, sondern es ist zu sagen, welche Art von Gebotensein oder Verprochensein damit gemeint ist. Sodann beschränkt Jellinek, wie er auch noch ausdrücklich hervorhebt,[1]) den Begriff des Dürfens auf das Gebiet der Verhältnisse von Rechtsuntergebenen zueinander. Es ist Jellinek gegenüber schon von Kelsen[2]) richtig bemerkt worden, daß eine Handlung als erlaubt nicht nur dann zu gelten hat, wenn die Rechtsordnung an sie unmittelbar eine Rechtswirkung knüpft, sondern auch dann, wenn ein Verhindern oder Stören dieser Handlung seitens eines andern mit einer Unrechtsfolge verbunden ist. Jellinek stellt aber dem aus der Erlaubnis folgenden Dürfen auch noch das Gebiet des *Könnens*, das aus einem Gewähren der Rechtsmacht fließt, gegenüber. Während das Dürfen der natürlichen Handlungsfähigkeit nichts hinzufügt, verleihe das Können dem Individuum ein Plus, das es von Natur aus nicht besitzt. Es ist dies tatsächlich ein Gebiet, dessen Eigentümlichkeit bis dahin keine besondere Abgrenzung erfahren hat. Aber auch die Jellinek sche Bestimmung dieses Gebiets ist nicht sehr glücklich. Nicht die natürlichen Fähigkeiten des Individuums erfahren eine Erweiterung in seinem *Können*, sondern es sind damit einfach die Fälle gemeint, für die sich die Rechtsmacht unter gewissen Bedingungen zu einem Tun gegenüber dem Einzelnen verpflichtet hat. Der Klageanspruch bedeutet, ein Verhalten der Rechtsmacht hervorrufen zu können. Das Wahlrecht bedeutet tatsächlich nicht ein Dürfen, sondern ein Können im Jellinekschen Sinne, weil damit nicht nur einfach ein Nichtverhindern des Abgebens einer Stimme, sondern auch das Berücksichtigen der abgegebenen Stimme versprochen ist.

Die Jellinek sche Konstruktion dieser Begriffe ist auch schon deshalb unzutreffend, weil danach die sogen. Freiheitsrechte ins Wasser fallen. Sie sind kein Können in seinem Sinne, weil sie zur natürlichen Freiheit des Individuums nichts hinzufügen. Ein Dürfen im Sinne Jellineks können

[1]) A. a. O., S. 46.

[2]) *Hauptprobleme*, S. 635.

wir sie aber auch nicht nennen, weil sich Dürfen und Erlauben nach seiner Begriffsumgrenzung nur auf die Verhältnisse der Normuntergebenen zueinander beziehen und nur das Gewähren und das Können Verhältnisse zwischen Rechtsmacht und Individuum betreffen.

Die Freiheitsrechte müßten demnach seinem Gebiet der rechtlich unmaßgeblichen Handlungen zugezählt werden. In der Tat will sie Jellinek auch so aufgefaßt wissen: „Prüft man die Freiheit ihrer juristischen Seite nach, so ergibt sich, daß sie identisch ist mit den für den Staat *rechtlich irrelevanten* Handlungen des Subjizierten“.[1]) Die rechtliche Erheblichkeit dieser Handlungen, die in einer Verpflichtung der Rechtsmacht zum Nichteingreifen in deren Kreis besteht, bleibt dabei vollkommen außer acht. Man darf die Bedeutung der Freiheitsrechte auch nicht in den Klageanspruch des Individuums auf Unterlassungen oder Beseitigungen von Störungen solcher Freiheiten verlegen, denn der Anspruch besteht unabhängig von der Frage, was im Falle seiner Verletzung zu geschehen hat.

Kelsen muß von seiner Lehre über das Wesen des Rechtssatzes aus zu dem Ergebnis gelangen, daß die Konstruktion von Freiheitsrechten juristisch eine Unmöglichkeit bedeute. „Dem inneren Wesen des den Staat verpflichtenden Rechtssatzes entsprechend kann es keine Unterlassungspflichten des Staates geben. Die Rechtspflicht des Staates zu dem Unterlassen einer bestimmten Handlung müßte in einem Satze statuiert werden, der den *Willen* des Staates beinhaltet, diese Handlung zu unterlassen. Bei der reinen Zurechnungsnatur des Willens hätte das keine andere Bedeutung, als daß der eben charakterisierte negative Tatbestand als Verhalten des Staates zu betrachten, dem Staate zuzurechnen wäre, das hieße jedoch tatsächlich nichts anderes, als daß dem Staate im konkreten Falle eben *nichts* zuzurechnen wäre, m. a. W. kein staatlicher Wille und somit kein Rechtssatz vorliege.“[2])

Danach muß es aber sonderbar anmuten, wenn Kelsen zur weitern Bekräftigung dieser Theorie ausführt, die An-

---

[1]) A. a. O., S. 98.

[2]) A. a. O., S. 437.

nahme von Unterlassungspflichten des Staates „beruht auf völlig unrichtiger Auffassung des Verhältnisses zwischen Staatsgewalt und Recht *im Rechtsstaate.* Was für den absoluten Staat wohl Geltung hätte, das ist für den konstitutionellen ganz unzutreffend: daß die Staatsgewalt von vornherein zu allem kompetent und nur insoweit beschränkt ist, als ihr durch das Recht positive Grenzen gezogen sind. Der Staat reicht im Rechtsstaate nicht weiter als der Staatswille, das heißt: als die Rechtssätze es aussprechen".[1])

Der Begriff des Rechtssatzes kann aber nicht an den konstitutionellen oder an den absoluten Staat gebunden sein. Kelsen hat ja seinen Begriff eines staatlichen Willens nicht nur für einen besonderen Staat, sondern aus der normativen Natur der Jurisprudenz abgeleitet[2]). Was also aus dem Begriffe dieses Willens folgt, muß für alle möglichen Staatsgebilde gelten.

Wir können demnach zusammenfassend wiederholen, daß das rechtlich Erlaubte nach dem gemeinen Sprachgebrauch drei Bedeutungen hat: Im weitesten Sinne bedeutet es bloß das Nichtwiderrechtliche, also das Rechtliche, sowohl das einfach stillschweigend Befohlene wie das Nichtverbotene und auch das ausdrücklich als solches Hervorgehobene umfassend. In einem engern Sinne des Wortes ist es bloß das stillschweigend Nichtverbotene oder das auch ausdrücklich als solches Hervorgehobene; und im engsten Sinne des vulgären Sprachgebrauchs wäre bloß das ausdrücklich als nichtverboten Hervorgehobene als erlaubt zu bezeichnen. Mit dem weitesten Gebrauch des Wortes können wir überhaupt nichts anfangen, da wir für das Gebiet des Rechtlichen schlechthin keiner nochmaligen Bezeichnung bedürfen. Die beiden letzten Bedeutungen erweisen sich aber als besondere Gebiete neben Gebot und Verbot. Wenn wir Rechtspflichten nur aus diesen hervorgehen lassen, so müssen wir allerdings ein Gebiet des Erlaubten anerkennen, das nicht als Kehrseite von Rechtspflichten zu betrachten wäre. Gehen wir hingegen von der Erkenntnis

---

[1]) A. a. O., S. 439.

[2]) Vgl. auch Kelsen, a. a. O., S. 255.

aus, daß außer den Befehlspflichten auch Rechtsversprechenspflichten anzunehmen sind, so erweist sich das Gebiet des Dürfens als Kehrseite der Versprechenspflichten der Rechtsmacht.

Es ist dabei nur noch der Umstand zu beachten, daß sich dieses Verhältnis nur für das Rechtsgebiet, nicht aber für das Gebiet aller möglichen Normen, in der ausgeführten Weise gestaltet.

Anders als auf dem Gebiete des Rechts gestaltet sich die Frage für die Ethik. Die ethischen Normen sind nur Befehle (Gebote oder Verbote). Die Kategorie der Versprechensnormen gibt es hier nicht. Dadurch läßt sich die Kategorie des weder Gebotenen noch Verbotenen als das Gebiet des ethisch Erlaubten bestimmen. Man braucht zwar nicht erlaubende ethische Normen anzunehmen, aber man kann die menschlichen Handlungen in ethisch gebotene, verbotene oder erlaubte einteilen.[1]) Die Moral besteht aus lauter Pflichten, die aber keine Berechtigungen erzeugen. Folglich können wir das moralische Dürfen nicht in ein korrelatives Sollen auflösen. Es wäre aber eben deshalb ein Fehler, diesen Tatbestand der Ethik auf das Rechtsgebiet zu übertragen.[2])

---

[1]) In diesem Sinne sagt Kant, *Metaphysik der Sitten*, WW, Akad.-Ausg., Bd. VI, S. 222: „Erlaubt ist eine Handlung, die der Verbindlichkeit nicht entgegen ist; und diese Freiheit, die durch keinen entgegengesetzten Imperativ eingeschränkt wird, heißt die Befugnis."

[2]) Die gewöhnlichen Schwierigkeiten in bezug auf das juristische Dürfen zeigt auch die nachstehende Bemerkung Zitelmanns. Nach Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, I, 1897, S. 44—45 ist es „juristisch möglich, jeden Erlaubnissatz auf (bejahte oder verneinte) Sollsätze zurückzuführen. Ich halte das für ein sicheres Ergebnis der neueren Untersuchungen, insbesondere der Bierlingschen. Die natürliche Anschauung wird dabei allerdings vergewaltigt, denn ihr ist die Erlaubnis, soviel ich beobachten kann, in den meisten Fällen etwas Eigenes, Selbständiges. Soll die Erlaubnis wirklich einen durch Sollsätze nicht ausdrückbaren Inhalt haben, so kann es meines Erachtens nur der sein: während in gewissen Fällen das Erlaubtsein in der Tat nichts anderes bedeutet als das Nichtverbotensein, enthält es in anderen noch ein Moment positiver Billigung seitens des objektiven Rechts; das Dasein oder Nichtdasein dieses Elements macht zwar für die juristische Wirkung nichts

Aus dem Gesagten folgt, wie die Frage des Gehorsams gegen ungesetzliche Befehle der Obrigkeit, und zwar sowohl gegen primäre (der Rechtsmacht selbst) wie gegen sekundäre (der Organe) zu behandeln ist. Über das sekundäre Recht läßt sich, wie wir wissen, vom Gesichtspunkte der juristischen Grundlehre aus überhaupt nichts feststellen. Die Frage, ob die Untergebenen auch ein widerrechtliches sekundäres Recht zu befolgen haben oder nicht, kann nur aus dem Inhalte gegebener primärer Rechtsnormen beantwortet werden. Für das primäre Recht ist hingegen ein Unterschied zu machen: Es kann vom Gesichtspunkte der Grundlehre aus untersucht werden, ob die höchste Macht eines Staates etwa nur unter der Bedingung die höchste ist, daß sie nicht widerrechtlich handelt, oder es kann davon die Rede sein, ob ein gegebener Rechtsinhalt für widerrechtliche Befehle der Rechtsmacht keinen Gehorsam verlangt, oder gar ein Widerstandsrecht mit den Waffen in der Hand — wie z. B. das des ungarischen Adels auf Grund der goldenen Bulle vom Jahre 1222 — also ein Recht auf Erhebung zugesteht. Ein solches Freiheitsrecht auf Nichtbefolgung ungesetzlicher Befehle oder auf Widerstand gegen ungesetzlichen Zwang kann nur aus einem Rechtsinhalte, also nur quellenmäßig, nicht aber auf Grund irgendwelcher begrifflicher Merkmale des Rechts nachgewiesen werden.[1])

---

aus, ist aber doch von ethischer Bedeutung, und gerade weil dieses Moment stark empfunden wird, sträubt sich die naive Auffassung gegen die Rückführung der Erlaubnissätze auf Befehlssätze". — Vgl. auch den Vorschlag Pfersches, *Methodik der Privatrechtswissenschaft,* 1881, das Privatrecht anstatt in der Form von berechtigenden Sätzen lieber nach der Art der Strafgesetze imperativisch d. h. in Befehlen an die Untergebenen und an die Richter auszudrücken.

[1]) Irrtümlich z. B. M. E. Mayer, *Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten,* Laband-Festschrift, 1908, S. 121, daß „nur der rechtmäßige Befehl verbindlich sein kann, während der rechtswidrige niemals eine Gehorsamkeitspflicht auszulösen vermag". Die Rechtmäßigkeit kann als Bedingung der Verbindlichkeit eines Befehls gesetzt sein, sie muß es aber nicht sein. — Vgl. auch Rotteck-Welcker, *Staatslexikon,* VI³, S, 209 ff. „Gehorsam und Widerstand"; Mohl, *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften,* I, 1855, S. 320 ff. sieht in der Widerstandslehre nur eine scharfe Ausprägung der rechtlichen Gebundenheit einer Rechtsmacht; Murhard,

§ 130. Reflexwirkungen der Rechtsnorm.

Sowohl die Pflicht als der Anspruch sind von der Rechtsmacht zugedachte Folgen der Rechtsnorm. Es sind beabsichtigte *Beziehungen*, die nicht unter den Gesichtspunkt von Ursache und Wirkung fallen. Die Rechtsnorm ist nicht die Ursache der Pflicht, und die Pflicht und der Anspruch sind nicht etwas Verursachtes. Diese Seinskategorien finden auf das Verhältnis von Rechtsnorm zu Pflicht und Anspruch keine Anwendung, denn diese sind normative Beziehungen, die der Rechtsnorm *ihrem Sinne nach*, nicht ihrer tatsächlichen Wirkung nach zukommen.

Von diesem Sinn, also von Pflicht und Anspruch völlig unabhängig ist die Frage, welche Interessen in einem gegebenen Falle durch eine Rechtsnorm gefördert oder geschmälert werden. Derjenige, dem eine Erbschaft zufällt, kann den ihm dadurch gewährten Anspruch als eine Unanehmlichkeit empfinden. Wenn er die Erbschaft auch ausschlagen kann, lassen sich doch leicht Fälle denken, in denen sowohl das Antreten der Erbschaft wie auch ihre Zurückweisung unangenehm sein kann. Und umgekehrt kann die Auferlegung einer Pflicht dem Verpflichteten höchst willkommen sein. Aber auch die Verpflichtung oder die Berechtigung des A kann dem X sowohl willkommen als unwillkommen sein. Derartige Rückwirkungen von Normen nach den verschiedensten Seiten hin lassen sich gar nicht ausdenken. Die Gewährung eines Anspruches an A kann seinen Gläubigern sehr gelegen sein, während sie dem geschäftlichen Konkurrenten A's einen Strich durch die Rechnung zieht. Nicht jede vorteilhafte Wirkung, die eine Rechtsnorm auf einen Rechts-

---

Über Widerstand, Empörung und Zwangsübung der Staatsbürger, 1832; van Calker, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen,* 1891; van Calker, *Die rechtlichen Grenzen der Gehorsamspflicht und die Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen,* Annalen des Deutschen Reichs, 1902, S. 888 ff.; Freund, *Die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmäßigkeit ihrer Amtshandlungen,* Arch. f. öff. Recht, I, 1886, S. 117 ff.; Wolzendorff, *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt,* 1916.

untergebenen ausübt, bedeutet also einen Anspruch. Ein solcher ist nur ein *zugedachtes Gewähren*, nicht eine von der Rechtsnorm unbeabsichtigte und in diesem Sinne zufällige Wirkung. Wenn dem A die Pflicht auferlegt wird, dem B etwas zu leisten, so erhält dadurch B einen Anspruch, ob er ihm nun gerade erwünscht ist oder nicht. Wenn hingegen dem A eine Pflicht gegenüber C auferlegt wird, die dem B aus irgend einem Grund (Schadenfreude, Geschäftsinteresse) noch so erwünscht ist, so hat er dadurch keinen Anspruch erhalten.[1])

Es ist dies deshalb besonders hervorzuheben, weil man derlei Wirkungen von Rechtsnormen als sogen. Reflexwirkungen solchen Begünstigungen gegenüberzustellen versucht hat, die von dem *Willen* des Begünstigten abhängen. Damit ist aber der Gegensatz nicht erschöpft. Den vom Willen des Begünstigten abhängigen Ansprüchen stehen nicht bloß die oben berührten Reflexwirkungen gegenüber, sondern auch noch die Ansprüche, die nicht auf den Willen des Begünstigten abgestellt sind. Sodann ist auch noch zu bedenken, daß die Reflexwirkungen nicht nur günstige, sondern auch ungünstige sein können. Der Übergang vom Anspruch zur Wirkung bedeutet eine *μετάβασις εἰς ἄλλο γένος*. Das eine ist ein durch die Rechtsnorm ausgedrücktes Sollen, das andere ist ein durch sie bewirktes Sein.

So unterscheidet Jhering[2]) zwischen Recht und Reflexwirkung, je nachdem dem Berechtigten selber die *Initiative* zum Schutz seines Interesses anvertraut ist oder nicht: „Die Klage also ist das Kriterium der Privatrechte“. Das Gesetz z. B., das im Interesse gewisser Fabrikationszweige Schutzzölle einführt, kommt den Fabrikanten zugute, es schützt sie, und dennoch gewährt es ihnen — nach Jhering — keine

---

[1]) Richtig bei Hold v. Ferneck, *Rechtswidrigkeit*, I, S. 95: „Keineswegs kann derjenige schlechthin als Rechtsträger erscheinen, dem rein tatsächlich ein Schutz dadurch zuteil wird, daß einem andern eine Pflicht auferlegt wird; nur der Träger desjenigen Interesses (kann) als berechtigt angesehen werden, dessen Schutz der Gesetzgeber bezweckt“. Vgl. auch Bühler, *Die subjektiven öffentlichen Rechte*, 1914, S. 18 ff.

[2]) Jhering, *Geist des römischen Rechts*, 3. Teil, 1. Abt., S. 327/328.

Rechte. Durch diese Gegenüberstellung von mit Klagerechten verbundenen Rechten und bloßen Reflexwirkungen wird jedoch, wie gesagt, der Unterschied nicht hervorgehoben, der zwischen einem beabsichtigten, jedoch mit Klage nicht geschützten Zudenken und unbeabsichtigten Wirkungen besteht.[1])

Glücklicher ist die Lehre JHERINGS,[2]) wonach das unterscheidende Merkmal zwischen subjektivem Recht und Reflexwirkungen des Gesetzes „in der Möglichkeit der Konstatierung einer *individuellen* Rechtsverletzung" besteht.[3])

„Werden die Schutzzölle nicht richtig gehandhabt, so ist es nicht dieser bestimmte Fabrikant oder Landwirt, der darunter leidet, sondern alle — die Wirkungen der mangelhaften Handhabung des Gesetzes verlieren sich ins Allgemeine, Unbestimmte. Ganz anders, wenn jemand an der Ausübung seines Wahlrechts verhindert oder seiner Freiheit beraubt wird, hier ist es diese bestimmte Person, gegen welche eine Rechtsverletzung begangen wird", wodurch ein Recht in ihrer Person gegeben ist. Nur ist das Merkmal der „Möglichkeit der Konstatierung einer *individuellen* Rechtsverletzung" noch weiter zurückzuverfolgen, wobei es sich ergibt, daß die Möglichkeit einer derartigen Feststellung eben dort besteht, wo sich dem objektiven Rechte eine entsprechende Bestimmung entnehmen läßt, wo also mit anderen Worten die darauf hingehende Absicht des Normgebers vorhanden ist, daß gewisse Begünstigungen gewissen Personen zufallen sollen,

---

[1]) Über das Fallenlassen dieses Merkmals in den späteren Auflagen des JHERINGschen Werkes siehe KELSEN, a. a. O. S. 580.

[2]) *Geist*, III, 1. Abt., 5. Aufl. S. 353.

[3]) Dieses Merkmal ist in dieser Form nicht neu: Siehe bereits AUSTIN, *Lectures*, I[5], S. 394: „All rights reside in *determinate* persons". Selbst das Beispiel JHERINGS findet sich bereits bei AUSTIN (den er allerdings kaum gekannt haben dürfte): „A law which prohibits the importation of certain foreign commodities, to the end of encouraging the production of the corresponding domestic commodities, imposes a duty to forbear from importing the commodities which it is said to prohibit. But it can hardly be said, with propriety, that the law confers a right. For there is no determinate party who would be injured by a breach of the duty, or towards or with regard to whom the prohibited act is to be forborne" (a. a. O. S. 396).

wo ihnen solche zugedacht sind. Wo eine gesetzte Verpflichtung hingegen einem andern wohl zugute kommt, ohne daß es jedoch die Absicht des Normgebers gewesen wäre, da besteht eben nur die (Reflex-) *Wirkung,* nicht aber die *zugedachte* Begünstigung, das sogen. subjektive Recht.

Jellinek[1]) macht einen Unterschied zwischen formalen und materialen Ansprüchen. Die materialen bedeuten die seitens der Rechtsordnung (ausdrücklich oder stillschweigend) erfolgte Anerkennung eines individuellen Interesses, während die formalen erst durch die Hinzufügung eines Klagrechtes entstehen. Jellinek hebt richtig hervor, daß die Abgrenzung eines Anspruches ohne Klage der Reflexwirkung gegenüber unter Umständen recht schwierig werden kann.

Ob ein Untergebener oder mehrere nach dem Sinne einer Rechtsnorm begünstigt werden sollen oder nicht, ist eine Interpretationsfrage. Danach erledigt sich u. a. auch die Frage, ob irgend ein Organ ein Recht auf Organstellung hat, oder ob nur eine Organpflicht vorliegt.[2]) Allerdings kann das Organ ein hervorragendes Interesse an der Organstellung haben, wie ja überhaupt jeder Verpflichtete auch ein Interesse an der Ausübung seiner Pflicht haben kann. Ob aber einfach eine Reflexwirkung der Rechtsnorm oder aber ein gewährter Anspruch vorliegt, kommt immer nur ausschließlich auf den Sinn der Rechtsnorm, also darauf an, ob eine Gewährungsabsicht oder nur eine zufällige Wirkung vorliegt.[3])

So schwierig sich auch die Entscheidung der Frage, was durch einen gegebenen Rechtssatz beabsichtigt sei, gestalten mag, es folgt daraus doch nimmermehr, daß es nicht trotzdem auf diese Absicht ankäme, ob durch einen Rechtssatz bloß eine Pflicht oder auch ein Anspruch gesetzt sei. Es ist das bereits eine Frage des Rechtsinhalts und somit, wenn dieser dunkel ist, eine Interpretationsfrage, die natürlich immer nur für ein gegebenes Rechtssystem gelöst zu werden vermag.

---

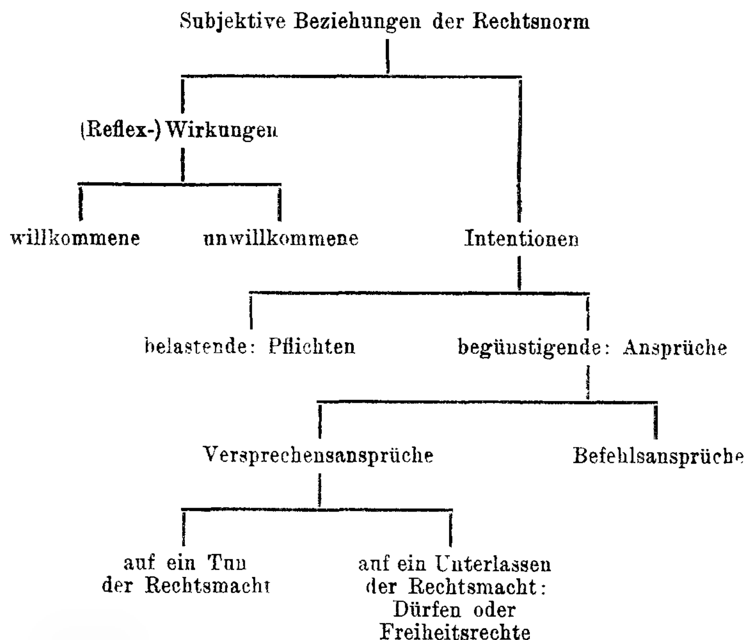
[1]) Jellinek, *System*, S. 65—67.

[2]) Vgl. Kelsen, *Hauptprobleme*, S. 608—609.

[3]) Daß die Organstellung in jedem Falle immer auch im Interesse des Organs geschaffen sei, muß gegen Kelsen (a. a. O. S. 612) bestritten werden.

Es findet damit auch die weitere Frage, ob Strafgesetze Ansprüche begründen, ihre Erledigung. Es ist auch diese Frage nicht voraussetzungsweise, d. h. nicht für alles Recht schlechthin beantwortbar. Es kommt immer darauf an: was für „Rechtssätze“ in dem grammatischen Satz, den wir als „Strafgesetz“ bezeichnen, stecken. Der grammatische Satz: wer vorsätzlich tötet, erleidet Todesstrafe, wird im Munde einer Rechtsmacht gewöhnlich den Verbotsrechtssatz enthalten: Untergebene, tötet nicht; wie auch den Gebotsrechtssatz: Richter. verurteilet den vorsätzlichen Mörder zum Tode. Ob dieser Satz auch als Ausdruck des Versprechensrechtssatzes anzusehen ist: ich, Rechtsmacht, will nach Möglichkeit dafür sorgen, daß jeder Mörder die Todesstrafe tatsächlich erleide, und ob er auch die Intention mitenthält: es soll euch Untertanen nach Möglichkeit Lebenssicherheit gewährt sein, — ist eine Interpretationsfrage, also eine Frage des zu behandelnden Rechtsinhalts.[1]

Die voranstehenden Ausführungen veranschaulicht der folgende Überblick:



[1]) Vgl. über die Frage, ob Strafgesetze Ansprüche begründen, Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, S. 140 ff.: „Verbietet das Stafgesetz den

Sämtliche Arten von Ansprüchen können überdies an verschiedene *Bedingungen*, z. B. an die Bedingung einer betreffenden Willensäußerung des Begünstigten oder einer anderen Person geknüpft sein; sie können mit einander verschiedentlich verwoben sein, sie können z. B. mit einem Klagerechte verbunden sein oder ohne diese Verbindung bestehen; auch die Befehlsansprüche können entweder auf ein Tun oder ein Unterlassen (von Untergebenen!) gerichtet sein usw.

§ 131. Die Bezeichnung des Rechtsanspruches als „subjektiven Rechts".

Die geläufigste Bezeichnung für den Begriff von Anspruch ist: subjektives Recht. Es ist bereits oft wiederholt worden, daß diese Terminologie, nach der die eine Art der durch das Recht gesetzten Beziehungen wieder als Recht bezeichnet wird, keine glückliche ist und zu vielen Mißverständnissen verleitet hat. Es wird namentlich der Anschein erweckt, als ob das Begriffspaar: objektives und subjektives Recht zwei *Unterarten* irgend eines, beide gleichermaßen umspannenden Oberbegriffes von Recht, den es natürlich nicht gibt, bedeutete. Selbst wenn erkannt wird, daß das sogenannte subjektive Recht nur eine durch das objektive Recht gesetzte Beziehung bedeutet, verdunkelt diese Terminologie noch immer die Tatsache, daß damit erst die *eine* von mehreren durch das objektive Recht geschaffenen „subjektiven" Beziehungen bezeichnet ist, nicht aber seine „Subjektivierung" schlechthin.

Diese Terminologie ist mit daran schuld, daß der Begriff der Rechtspflicht, der dem des subjektiven Rechts nicht nur ebenbürtig zur Seite steht, sondern übergeordnet ist, im Vergleich zu dem vielbehandelten letztern [1]) in der Juriprudenz

Mord, den Raub usf., Verbote, die gewiß einzelnen Menschen gerade so zugute kommen und zugedacht werden wie die privatrechtlichen Normen, so hat jeder einzelne Mensch, zu dem ein zur Verletzung der Interessen Disponierter in Beziehung tritt. ein subjektives Recht darauf, daß ihn der andere nicht morde, nicht beraube" (S. 143).

[1]) Kelsen, *Hauptprobleme*. S. 312. 568 weist darauf hin, daß der Begriff des subjektiven Rechts der von allen juristischen Grundbegriffen in der theoretischen Literatur am meisten erörterte ist, während der Begriff der Rechtspflicht fast unerörtert geblieben ist.

so sehr in den Hintergrund tritt, obschon dieser Umstand in erster Linie damit zusammenhängen mag, daß der Begriff der Rechtspflicht derart eng und denknotwendig mit dem Begriff der Rechtsnorm verbunden ist, daß er in diesem notwendigerweise zur Geltung gelangt, während der Begriff des Anspruchs eine besondere Herausarbeitung erheischt. Nicht zum geringsten ist jedoch für dieses Mißverhältnis schließlich auch der Umstand verantwortlich, daß die Untersuchungen über die juristischen Grundbegriffe nicht sowohl aus den Bedürfnissen einer theoretischen Systematik, als vielmehr aus praktischen und in erster Reihe aus privatrechtlichen Gesichtspunkten herausgewachsen sind, die es in erster Reihe auf die Ansprüche abgesehen haben.[1])

Wir haben mit der Bezeichnung subjektives Recht die *vierte* Bedeutung des Wortes Recht kennen gelernt. Recht bedeutet erstens den Inbegriff der von einer und derselben Rechtsmacht ausgehenden Normen: *die Rechtsordnung*, zweitens *die einzelne Rechtsnorm* oder das objektive Recht, drittens *Recht im ethischen* Sinn, viertens den durch eine Rechtsnorm geschaffenen Anspruch: *das subjektive Recht.*[2])

---

[1]) Austin hat bereits vor acht Jahrzehnten auf das Unangebrachte dieser Terminologie mit der Bemerkung hingewiesen, daß die englischen Autoren dieser Irreleitung meistens entgangen sind, da sich die englische Sprache dieser Terminologie nicht bedient. *Lectures on Jurisprudence*, I[5], 285/86, Anm. (*v*): „The confusion of ‚law' and ‚right' our own writers avoid: for the two disparate objects which the terms respectively signify, are commonly denoted in our own language by palpably distinct marks. I say that they are *commonly* denoted in our own language by palpably distinct marks: for the modern English ‚right' means in a few instances ‚law'. Hale and Blackstone are misled by this double meaning of the word *jus*". Siehe ferner auch noch die Bemerkungen Austins über die Bezeichnungen „subjektiv" und „objektiv" *Lectures*, II[5], 712—714. Diesem Vorzug der englischen Terminologie steht allerdings der Nachteil gegenüber, daß sie kein besonderes Wort für die Unterart: „*Rechtsnorm*" hat. — Th. E. Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 1880, S. 135. Über den Einfluß dieser Sprachtatsachen auf die deutsche und englische Jurisprudenz vgl. die stark übertriebenen Ausführungen bei Lightwood, *The Nature of positive Law*, 1883, S. 69 ff.

[2]) Auf eine weitere Verschiedenheit innerhalb dieser vierten Bedeutung des Wortes, daß nämlich ebensowohl eine Mehrheit von Be-

Schließlich entsteht noch eine fünfte Bedeutung des Wortes dadurch, daß auch aus anderen, also nichtjuristischen, z. B. aus Konventionalnormen sich ergebende Ansprüche ebenfalls als Recht bezeichnet werden. Wir sprechen in diesem Sinne von einem Recht auf Gegengruß oder auf höfliche Behandlung und meinen damit einen Anspruch, den uns die Bestimmung einer Konventionalnorm zukommen läßt. (Nach Analogie des schiefen Ausdruckes „subjektives Recht", müßte ein solcher Anspruch als subjektive Konvention oder Sitte bezeichnet werden!)[1])

§ 132. Die Willenstheorie des subjektiven Rechts.

Die hauptsächlichsten Theorien des subjektiven Rechts sind unter den Namen der Willens- und der Interessentheorie bekannt, zu denen sich noch die verschiedenen vermittelnden oder, nach der Bezeichnung Kelsens, Kombinationstheorien gesellen.

Als einer der Hauptvertreter der Willenstheorie gilt Windscheid, nach dessen bekannter Definition das subjektive Recht „eine von der Rechtsordnung verliehene *Willensmacht* oder *Willensherrschaft* ist.[2]) Innerhalb dieses Begriffes unterscheidet Windscheid die beiden Unterarten: erstens, daß der Wille des Berechtigten maßgebend ist für Leistungen anderer Rechtsgenossen, und zweitens, daß sein Wille maßgebend ist für die Entstehung, die Veränderung oder den Untergang von Rechten der ersten Art.

---

fugnissen, z. B. Eigentum, als auch jedes einzelne Glied in dieser Mehrheit Recht heißt, hat Leonhard, *Ein Beitrag zu der allgemeinen Zivilrechtspflege und zur Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts,* in Grünhuts Zeitschr., X, 1882, S. 22, Anm. 33 hingewiesen.

[1]) Vgl. Stammler, *Wirtschaft und Recht,* 1. Aufl., S. 127. Wenn Bierling, *Juristische Prinzipienlehre,* II, S. 350, Anm. meint, es bedeute einen offenbaren Widerspruch, von Pflichten und Rechten zu sprechen, und den Normen, aus denen sie hervorgehen, die Rechtseigenschaft dennoch nicht zuzuerkennen, so übersieht er dabei die Mehrdeutigkeit des Wortes: Recht.

[2]) Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* I[8]. S. 130 ff.; über andere Vertreter der Willenstheorie vgl. Bernatzik, *Die juristische Persönlichkeit der Behörden,* Arch. f. öff. Recht. V. 1890. S. 25—26.

Der Haupteinwand gegen diese Theorie ist bereits von Bekker [1]) und Jhering [2]) erhoben worden, indem sie darauf hingewiesen haben, daß die Rechte der Kinder und Wahnsinnigen keinesfalls als eine Willensmacht aufgefaßt werden können. Thon [3]) hat dem noch hinzugefügt, „daß man Rechte haben kann, ohne ihren Inhalt zu wollen, ja ohne daß man davon etwas weiß oder zu wissen braucht".

Windscheid [4]) gibt demgegenüber zu, „daß der im subjektiven Rechte gebietende Wille nur der der Rechtsordnung ist, nicht der Wille des Berechtigten", wogegen dann Kelsen [5]) ausführt: „Wenn es der Wille der Rechtsordnung ist, der das Substrat des subjektiven Rechts bildet, dann kann es nicht ein von der Rechtsordnung anerkannter oder gewährleisteter sein, denn ein solcher muß notwendig ein anderer als der der Rechtsordnung sein". Jedenfalls ist durch diese Korrektur Windscheids der Haupteinwand gegen seine Theorie, daß auch solche Personen Rechte haben können, an deren Willen die Rechtsnorm diesbezüglich überhaupt keine Rechtsfolgen knüpft, nicht behoben. [6])

Diesen Einwand entkräftet auch die Änderung Leonhards [7]) nicht, der die Berechtigung als „einen von einem Rechtssatz verliehenen Vorteil, gesichert durch einen Einfluß auf fremdes Verhalten" definiert. Denn es bleibt damit nach wie vor unerklärt, wie ein Kind ein Recht haben kann, ohne „Einfluß" darauf nehmen zu können. Es ist nur die verdeckte Willenstheorie.

Die Willenstheorie will die subjektiven Beziehungen treffen, die in der Verknüpfung eines einfachen Anspruches mit einem Klageanspruch bestehen, falls beide an die Bedingung einer diesbezüglichen Äußerung des Berechtigten geknüpft sind.

---

[1]) Jahrbücher f. gem. Recht, 1857, I, 296—306.

[2]) *Geist des römischen Rechts,* 3. Teil, 1. Abt., 1865, S. 311—312.

[3]) Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht,* S. 115.

[4]) *Lehrbuch des Pandektenrechts,* I[8], 132—133.

[5]) *Hauptprobleme,* S. 587.

[6]) Angaben über die ausgedehnte Literatur der Frage siehe bei Windscheid-Kipp, a. a. O., S. 131—138, Anm. 3. Dazu auch noch Kelsen, a. a. O., S. 587—593.

[7]) Leonhard, *Der allgem. Teil des Bürgerl. Gesetzbuches,* S. 147.

Wenn wir davon absehen, daß diese Theorie den Unterschied zwischen Willen und Äußerung[1]) nicht genügend hervorhebt, so bleibt ihr Fehler der bereits von Bekker und Jhering betonte Umstand.[2])

§ 133. Die Interessentheorie des subjektiven Rechts.

Als Hauptvertreter der Interessentheorie des subjektiven Rechts gilt Jhering.[3]) Er unterscheidet zwei Merkmale, die den Begriff des subjektiven Rechts begründen: ein inhaltliches,

---

[1]) Bereits Binding, *Normen*, II², S. 125, Anm. 25 bemerkt gegenüber dem „Wollendürfen" Windscheids: „Es wäre richtiger von einem Tun- oder Handelndürfen zu sprechen. Denn nur die Willensbetätigung kann hier in Betracht kommen". Ähnlich auch Schlossmann, *Vertrag*, 1876.

[2]) Dasselbe gilt auch für die Machttheorie Hold v. Fernecks, die auf das Merkmal des Willens nicht direkt Bezug nimmt, es jedoch im Machtbegriffe mitenthält. *Die Rechtswidrigkeit*, I, S. 117: „Subjektiv berechtigt sein heißt, dadurch eine Macht über einen Menschen üben, daß dieser durch ein Motiv von einem Tun abgehalten wird, das einem Interesse zuwiderläuft, welches der Gesetzgeber zu schützen strebt, und zwar durch ein Motiv, das, wenn man alle Fälle überblickt, die pflichtwidrige Betätigung wenigstens regelmäßig hintanhält". Der Jheringsche Einwand bleibt bestehen: man kann das Haben eines Rechts, das man selbst nicht ausüben kann, nicht als Machtüben bezeichnen. Wenn man berechtigt sein kann, ohne es zu wissen, so kann Berechtigtsein nicht das *Ausüben* einer Macht bedeuten. Sodann findet das „in-der-Regel-Befolgen" in dieser Definition des subjektiven Rechts nochmals Aufnahme, wogegen einzuwenden ist, daß das subjektive Recht bereits in einem Gewähren, Zuerkennen, Verleihen seitens des objektiven Rechts besteht, da es eben nicht darauf ankommt, ob dadurch gegebenenfalls eine Macht verliehen wurde oder nicht.

Daß eine solche Gewährung — natürlich abgesehen von den Fällen des Unwissenden und des Handlungsunfähigen — „generell" auch eine Macht des Begünstigten bedeutet, daß dieser damit etwas durchzusetzen imstande sein wird, folgt schon daraus, daß gewöhnlich dasjenige geschieht, was das Recht anordnet. Insofern wird in der Berechtigung auch eine „Ermächtigung" im wörtlichsten Sinne stecken. Es ist aber unzulässig, diesen Umstand in der Definition des subjektiven Rechts zu wiederholen.

Über einige nichtstichhaltige Einwendungen gegen die Machttheorie: Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, S. 120—123.

[3]) *Geist des römischen Rechts*, III. Teil, 1. Abt. 1865, S. 316 ff. Die Theorie ist jedoch jedenfalls ältern Ursprungs. Bereits Austin, *Lectures*, I⁵, S. 397 kannte sie: „A right has been defined by certain writers, as that

worin sein praktischer Zweck liegt, nämlich der Nutzen, Vorteil, Gewinn, der dadurch gewährleistet werden soll, und ein formales, das sich zu jenem Zweck bloß als Mittel verhält, nämlich der Rechtsschutz, die Klage. „Der Begriff des Rechts beruht also auf der rechtlichen *Sicherheit des Genusses*, Rechte sind *rechtlich geschützte Interessen*." Wie ersichtlich, will auch JHERING nicht das ganze Gebiet derjenigen subjektiven Beziehungen der Rechtsnorm mit seiner Definition treffen, die wir als Gewährungen bezeichnet haben. Zunächst sollen die einfachen Ansprüche, d. h die Gewährungen, denen nicht der Grad von Sicherheit, den JHERING im Auge hat, gewährleistet ist, auch aus seiner Definition des subjektiven Rechts ausgeschlossen bleiben. Dann hat auch er bloß die Verknüpfungen der einfachen Ansprüche mit dem Klageanspruch im Auge.

In bezug auf die Bezeichnung des inhaltlichen Merkmals des subjektiven Rechts als „Nutzen, Gut, Wert, Genuß, Interesse" entsteht vor allem die Frage, nach wessen Dafürhalten ein Recht ein Interesse bedeute: nach dem subjektiven Maßstabe des Berechtigten oder nach irgend einem *ihm gegenüber* äußerlichen Maßstabe? Man denke daran, daß man ein Recht haben kann, das man durchaus nicht haben möchte, das einem zur Last fällt. Man kann etwas geerbt haben, was man durchaus nicht geerbt haben möchte. JHERING selbst meint nicht ein Interesse nach Maßgabe des Berechtigten,

---

security for the enjoyment of a good or advantage which one man derives from a duty imposed upon another or others".

Es ist sogar dem Wortlaute nach ganz die JHERINGsche Theorie: „Sicherheit des Genusses".

Die Vertreter dieser Theorie werden von AUSTIN nicht genannt. Wahrscheinlich haben wir dabei in erster Linie an BENTHAM zu denken. Man vgl. z. B. folgende Stellen seiner *Theory of legislation,* Ausgabe der Paternoster Library, vol. VI, London 1904, T. 93: „Rights are in themselves *advantages*, benefits, for him who enjoys them". S. 95: „The law cannot create rights except by creating corresponding obligation". S. 97: „*Security* is the pre-eminent object (of law)".

Über unmittelbarere Vorläufer JHERINGS siehe BERNATZIK, *Die jur. Persönlichkeit der Behörden,* Arch. f. öff. Recht, V, S. 194, Anm. 111 und REGELSBERGER, *Pandekten,* I, S. 75—76. Über Anhänger und Abarten dieser Theorie: BERNATZIK, a. a. O. S. 195—203.

sondern nur ein „vom Gesetzgeber nach dem Standpunkt *seiner* Zeit für schutzfähig und für schutzbedürftig anerkanntes Interesse“.[1])

Es sollen also nur „Durchschnittsinteressen“ gemeint sein.[2])

Auch ist noch hervorzuheben, daß, wenn von einem Interesse des Berechtigten gesprochen wird, immer nur ein nächstliegendes unmittelbares Interesse gemeint ist. Es kann jemandes unmittelbares Interesse sein, ein Verfügungsrecht zu haben, und es kann sein weitergehendes Interesse fordern, daß er das Verfügungsrecht nicht habe, wenn er es z. B. schlecht nützt, sein Vermögen unsinnig vergeudet usw. Die Rechtsnorm kann ihm also in seinem eigenen Interesse auch etwas verweigern, aber diesen Interessenschutz werden wir nicht sein subjektives Recht nennen. Umgekehrt läßt sich denken, daß jemandem ein Verfügungsrecht gewährt wird (z. B. unter Umständen dem Kleinbauernstand eine unbeschränkte Testierfreiheit), um ihn zugrunde zu richten. Es ist also der Ausdruck Interessenschutz zu weit und deshalb nicht sehr geeignet, dem richtigen Gedanken, der trotzdem dahinter steckt, Ausdruck zu verleihen.[3])

Da ein Interesse immer wieder Mittel eines weiterliegenden sein kann, ist dieser Begriff ein äußerst dehnbarer. Wenn das subjektive Recht ein Interesse bedeuten soll, muß erstens das entferntere Interesse das die Rechtsordnung durch die Gewährung letzten Endes etwa treffen wollte, gänzlich ausgeschieden werden. Sodann ist aber auch die Beziehung des in Rede stehenden subjektiven Rechts zu einem „Gesamtinteresse“ des Berechtigten auszuscheiden, und es ist dabei

[1]) A. a. O., S. 320.

[2]) Vgl. auch Hold v. Ferneck, *Rechtswidrigkeit*, I, S. 125—126: „Nicht konkrete, sondern abstrakte, nicht individuelle, sondern generelle Interessen schützt das Recht“. Siehe auch die dort angeführte Literatur.

[3]) Vgl. Bernatzik, *Die jur. Persönlichkeit der Behörden*, Arch. f. öff. Recht, V, S. 234: „Die meisten Einwendungen, welche gegen das Heranziehen des Zweckmomentes gemacht werden, beruhen auf einem Mißverständnisse desselben, zum Teil provoziert durch ungeschickte Formulierungen. Nicht das Gesamtinteresse eines Menschen ist das Substrat seiner Rechtssubjektivität, sondern *das* Interesse, das man durchschnittlich daran hat, daß ein Darlehen zurückerstattet werde usw.“

bloß an jenes besondere, nächstliegende Interesse zu denken, das durch die Verleihung unmittelbar bedacht ist.

Dieser Unterschied zwischen unmittelbarem, nächstliegendem Interesse und den fernern Interessen, der Gedanke jenes eigentümlichen Gutes oder Interesses, das im subjektiven Rechte steckt, wird besser wiedergegeben, wenn wir die Bezeichnung Interesse überhaupt meiden und einfach von einem Gewähren, Zukommenlassen, Zuerteilen oder einfach von einem Geben seitens der Rechtsmacht sprechen, wenn wir also nicht die Besonderheit des Resultates (Nutzen, Gut, Wert, Interesse), sondern die Intention der Rechtsmacht (Geben, Gewähren) betonen. Dadurch bleiben auch das formale und das inhaltliche Merkmal des subjektiven Rechts in näherem Zusammenhang und in besserem Einklang miteinander.

Die eigentümliche subjektive Beziehung, die wir subjektives Recht (oder richtiger Anspruch) nennen, ist durch den Begriff eines Gebens, Gewährens, Zukommenlassens seitens der Rechtsmacht an Untergebene vollkommen ausgedrückt. Allerdings sind damit die betonten Schwierigkeiten umgangen; aber eben darin liegt der Vorteil dieser Bezeichnung, die nichtsdestoweniger eine eindeutige soziale Beziehung ausdrückt. Ich kann jemand etwas *geben*, was er nicht haben will, es mag sein, daß ich dabei gar nicht *sein* „Interesse“ im Auge habe, ich kann ihm sogar zu seinem Schaden etwas geben (timeo Danaos et dona ferentes), und trotzdem ist damit eine mögliche Interessenbeziehung gemeint. Es ist eben das Gegenstück zum Verpflichten (Belasten, Auferlegen). Gerade so, wie die Belastung unmittelbar eine *Ungunst* ausdrückt, aber dennoch sowohl im Interesse des Betreffenden gemeint sein, wie auch tatsächlich sein Interesse wahren kann, gerade so steckt auch im *Gewähren*, obwohl es sowohl zum Schaden des Betreffenden gemeint sein kann, wie diesen auch tatsächlich herbeiführen kann, trotzdem eine *unmittelbare* Begünstigung.[1]

[1] G. Schwarz. *Rechtssubjekt und Rechtszweck*, Arch. f. bürgerl. Recht, XXXII, 1908. S. 10: „Nicht was im Interesse eines gewissen Zweckes liegt, sondern was der Staat im Interesse desselben liegend *erachtet*, ist maßgebend dafür, wie weit er den Rechtskreis des Zweckes ausdehnt.“

Allerdings geht Jhering über den richtigen Kern seiner Theorie hinaus. So z. B. wenn er aus ihr den Schluß ziehen möchte,[1]) daß ein Vertrag, der dem einen Teil eine Beschränkung auferlegt, ohne dem andern den geringsten Nutzen zu gewähren, z. B. der Vertrag, daß er sein Grundstück nicht veräußern, daß er einen gewissen Beruf nicht ergreifen dürfe, ungültig sei. Hier kommt Jhering bereits mit seinem Begriffe eines Durchschnittsinteresses in Gegensatz und gerät überhaupt zu tief in das Gebiet rechtsinhaltlicher Bestimmungen, d. i. zur Frage: was für besondere subjektive Rechte von einer gegebenen Rechtsordnung zuerkannt sind, an welche Bedingungen sie geknüpft sind, usw. Diese Fragen lassen sich nur mehr für die besonderen Rechtsordnungen besonders beantworten.[2])

Jhering wollte mit seiner Theorie u. a. auch die Schwierigkeit der Willenstheorie beheben, die darin liegt, daß auch Kinder und Nichthandlungsfähige Rechte haben können, obwohl gerade ihr Wille rechtlich nicht in Betracht gezogen wird. Die Schwierigkeit schien scheinbar behoben, indem der Anspruch nicht als eine rechtlich verliehene Willensmacht, sondern als ein rechtlich geschütztes Interesse bezeichnet wurde. Indem aber Jhering seine Theorie mit dem Zusatz ergänzt,[3]) daß nicht jedes rechtlich geschützte Interesse ein Recht in subjektivem Sinn erzeuge, sondern daß dazu auch noch notwendig sei, daß der Berechtigte selber „die Initiative ergreifen kann“, kommt er ganz und gar auf die Willenstheorie zurück. Spricht er doch an einer Stelle sogar ganz ausdrücklich den Begünstigten ein subjektives Recht ab, wenn die Anwendung des Gesetzes „von ihrem Wollen oder Nichtwollen völlig unabhängig ist“.[4])

---

[1]) A. a. O., S. 315.

[2]) Kelsen, *Hauptprobleme*, S. 572 erhebt der Interessentheorie Jherings gegenüber u. a. auch noch den Vorwurf,: „Ganz so wie die Theoretiker des Naturrechtes unterläßt es Jhering, das subjektive Recht aus dem objektiven *abzuleiten*“. Es erhellt aus dem Gesagten, daß dieser Vorwurf Jhering nicht trifft; er spricht immer nur von einem seitens der Rechtsordnung geschützten, nach ihrer Maßgabe bestehenden Interesse.

[3]) A. a. O., S. 327—328.

[4]) A. a. O., S. 328; auch in den späteren Auflagen beibehalten (siehe 5. Aufl., S. 352). Jhering behauptet sogar noch: „Ob dieser Schutz in

Somit kommt die Interessentheorie nicht weiter als die Willenstheorie. Sie will denselben Tatbestand treffen, begeht aber diesbezüglich den nämlichen Fehler. Außerdem erhebt sie den Anspruch, neben einer Beschreibung dieses Tatbestandes auch noch „das Innere des Rechts: sein Wesen" darzulegen. In dieser Hinsicht geht sie jedenfalls über die Willenstheorie hinaus — obwohl auch diese das Interesse, das ja nach dem Obigen zur Definition des subjektiven Rechts unentbehrlich ist, nicht ganz vermeidet, indem sie von einem „Verleihen" der Willensmacht, von einem „zugunsten" irgendjemandes erlassenen Befehl, von seiner „Hingabe" an den Begünstigten spricht —, lauter Wendungen, in denen überall auch der Interessengedanke steckt, so daß sich die beiden feindlichen Theorien bei weitem nicht so fern stehen, wie man gewöhnlich annimmt.

Die Willenstheorie enthält also neben der Betonung des Willens auch das Interesse, und die Interessentheorie wenigstens nach der Jhering schen Fassung, enthält neben der Hervorhebung des Interesses auch den Willen. Beide laufen ihrem wahren Wesen nach auf eins hinaus, und der Unterschied zwischen beiden besteht darin, daß sie je das Merkmal, nach dem sie benannt sind, nachdrücklicher hervorheben, während sie das andere nur mit enthalten. Ihr Unterschied ist also schließlich mehr einer des Ausdrucks als einer des Inhalts.

Im Begriffe des Rechts*schutzes* ist die Interessentheorie schon vorweggenommen, denn diese liegt bereits in Begriffe des Schützens, selbst ohne den Zusatz eines *Interessen*schutzes.

---

eigener Person oder durch Stellvertreter, zu denen für handlungsunfähige Personen auch die Vormünder gehören, ausgeübt wird, verschlägt nichts, denn immer wird hier die Klage erhoben im Namen des Berechtigten, und der Erfolg derselben kommt ihm zugute". Dadurch trifft ihn aber sein eigener gegenüber der Willenstheorie erhobener Einwand, wie Kinder und „Willensunfähige" doch Rechte haben können. Kann der Klagewille durch Stellvertretung erfolgen, so kann es der Wille überhaupt

Wenn Jhering des weitern die Klage ausschließlich nach römischem Privatrecht (vgl. 5. Aufl., S. 353) für das Kennzeichen des subjektiven Rechts erklärt, so hat er damit das Gebiet eines besonderen Rechtsinhaltes betreten, wohin wir ihm nicht weiter zu folgen brauchen.

Bereits im Schützen liegt die Bedeutung, daß jemand etwas *haben*, jemandem etwas *zugute* kommen soll. Allerdings ist die Frage dabei offen gelassen, ob dieses Zu*gute*kommen nach dem Dafürhalten des Beschützten oder des Beschützers vorhanden sei. Jhering hätte besser daran getan, wenn er statt des Durchschnittsinteresses, die entsprechende *Intention* des Schützers zur Grundlage seiner Konstruktion genommen hätte. Nicht das Vorhandensein eines Interesses des Berechtigten, sondern die *Annahme* eines solchen anläßlich der Setzung der entsprechenden Rechtsnorm ist das Bedeutsame.

§ 134. Die Kombinationstheorien des subjektiven Rechts.

Die ausdrücklichen Verbindungen der Interessen- und der Willenstheorie sind als Kombinationstheorien bezeichnet worden. Eigentlich haben wir bereits jene beiden selbst als Kombinationstheorien erkannt, und danach können wir von vornherein erwarten, daß auch die Unterschiede, die die ausdrücklichen Kombinationstheorien von den sogen. Willens- und Interessentheorien trennen, keine erheblichen sein werden.

Kelsen nennt als die Hauptvertreter von Kombinationstheorien Bernatzik und Jellinek. Auch Thon ist zu ihnen zu zählen. Er weist zwar Jhering gegenüber darauf hin, daß „ein Recht nicht ein Interesse, das geschützt wird, sondern selbst das Schutzmittel eines Interesses ist“,[1] doch hält er das Interesse ganz richtigerweise insofern für wichtig für den Begriff des subjektiven Rechts, als das Geschützte ein Interesse sein muß. „Zum Privatrecht wird der den Einzelnen wider Einzelne gewährte Normenschutz dadurch, daß dem Geschützten im Falle der Normübertretung ein Mittel zur Beseitigung der Normwidrigkeit von der Rechtsordnung gegeben und zu beliebigem Gebrauche überlassen wird.“[2]

Schon dadurch, daß Thon immerwährend von einem „Geschützten“, von einer „Verheißung“ oder einer „Gewährung“ eines Anspruches spricht,[3] nimmt er das Interesse in seine

---

[1] Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, S. 218
[2] A. a. O., S. 133.
[3] A. a. O., S. 218.

Theorie auf, dadurch aber, daß er den Begriff des subjektiven Rechts an das Vorhandensein eines Klagerechts knüpft, das dem Geschützten „zu *beliebigem* Gebrauch“ gegeben ist, nimmt er auch den Willen in seine Definition auf, wie er ja auch ausdrücklich hervorhebt: „Zur Geltendmachung des Anspruchs gehört allerdings eine Willensbetätigung seitens des Berechtigten“, und er beanstandet an der Willenstheorie bloß, daß die Bezeichnung eines Rechts als eines Wollendürfens zu eng ist, da das Erlaubtsein eines Willens noch keinen Anspruch bedeutet, sondern dazu auch die Gewährleistung des Schutzes gehört.[1])

Bernatzik definiert das subjektive Recht als einen „menschlichen Zweck, behufs dessen Realisierung die Rechtsordnung die Möglichkeit einer Willensherrschaft dadurch anerkennt, daß sie rechtliche Wirkungen an dieselben knüpft, gleichviel, wem der Wille angehört“.[2]) Da der „Zweck“ Bernatziks mit dem „Interesse“ Jherings identisch ist, wie auch von Kelsen richtig hervorgehoben wird,[3]) so haben wir wiederum beide Merkmale beisammen.

Ein wichtiger Unterschied der Bernatzikschen Definition von den übrigen, von denen bisher die Rede war, besteht jedoch darin, daß er auch solche Ansprüche in seine Begriffsbestimmung aufnimmt, die nicht mit einem Klagerecht verknüpft sind. Den Schutz von Interessen, der nicht von einer diesbezüglichen Äußerung der Begünstigten oder eines andern Untergebenen abhängig gemacht ist, betrachtet auch Bernatzik nicht als subjektives Recht, wohl aber unterscheidet er innerhalb des subjektiven Rechts den von einem Willen eines Untergebenen abhängigen einfachen *Erfüllungsanspruch* vom Klageanspruch. Seine Definition ist folglich weiter als die übrigen, oder: er bezeichnet eben einen andern phänomenologischen Tatbestand von Beziehungen des objektiven Rechts als subjektives Recht. Während die übrigen behandelten Theorien denselben phänomenologischen Tatbestand ins Auge

---

[1]) A. a. O., S. 220—222.

[2]) Bernatzik, a. a. O., S. 263.

[3]) A. a. O., S. 595, aber von Bernatzik, a. a. O., S. 64 gar nicht in Abrede gestellt wird.

fassen und nur in seiner Umschreibung voneinander abweichen, liegen hier nicht bloß Verschiedenheiten des Ausdrucks, sondern sachliche Verschiedenheiten des Benannten zugrunde.

Eine fernere Abweichung der BERNATZIK schen Definition von den im vorhergehenden Behandelten liegt aber darin, daß er dem JHERING schen Einwand gegen die WINDSCHEID sche Willenstheorie, wie nach ihr auch „Willensunfähige" Rechte haben können, dadurch begegnet, daß er den Begriff des subjektiven Rechts nicht an das Vorhandensein eines diesbezüglichen Willens des Berechtigten, sondern an einen Willen knüpft, „gleichviel, wem dieser Wille gehört". (Die Bemerkung, daß es sich dabei nicht um einen bloßen Willen, also um etwas rein Innerliches, sondern zugleich um eine Äußerung handelt, brauchen wir hier nicht zu wiederholen.)

Von der BERNATZIK schen Definition weicht die JELLINEKsche nicht wesentlich ab. Nach der ersten Ausgabe lautet sie: „Das subjektive Recht ist das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützte Gut oder Interesse" — wozu er aber hinzufügt, daß der Träger des auf das Interesse gerichteten Willens und der Begünstigte des Interesses nicht identisch sein müssen.[1]) In der zweiten Ausgabe desselben Werkes[2]) wird die Definition umgekehrt und das Hauptgewicht auf die Willensmacht gelegt: „Das subjektive Recht ist daher die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht".

Es sei in diesem Zusammenhange auch noch der Theorie KELSENS[3]) gedacht, obwohl er sich sowohl zu den Willens- und Interessen- wie zu den Kombinationstheorien in schroffsten Gegensatz zu stellen versucht. Sie lautet: „Das subjektive Recht ist der Rechtssatz in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Verfügung die Realisierung des im Rechtssatze ausgesprochenen Willens des Staates zur Unrechtsfolge abhängig gemacht ist". Es ist dazu erstens zu bemerken,

---

[1]) JELLINEK, *System der subjektiven öff. Rechte*, 1. Ausg., S. 42.
[2]) S. 44.
[3]) *Hauptprobleme*, S. 618 ff.

daß diese Definition den Begriff des subjektiven Rechts wieder auf den mit einem Klageanspruch verknüpften Erfüllungsanspruch beschränkt. Zweitens ist zu bemerken, daß KELSEN, indem er von einer *Verfügung* der betreffenden Person spricht, damit bis auf ein Haar dasselbe meint, was die übrigen Theorien mit der Bezugnahme auf den *Willen* der betreffenden Person im Sinne haben.[1]) Daß dabei nicht an einen rein innerlichen Willensvorgang, sondern an eine Willensäußerung zu denken ist, ist bereits ausgeführt worden. Diesbezüglich sind die Willenstheorien höchstens im Ausdruck, nicht aber in der Sache ungenau. Daß aber bei einer Willensäußerung (oder Verfügung, oder wie immer wir die Sache nennen wollen),[2]) nicht von irgendwelchem psychologischen Willen gänzlich Abstand genommen werden kann, wie KELSEN meint, ist ebenfalls schon an andrer Stelle, anläßlich der Erörterung der KELSENschen Willenslehre [3]) ausgeführt worden. Wir müssen demnach die KELSENsche Theorie des subjektiven Rechts, so sehr sich auch KELSEN dagegen verwahren mag, als eine verkappte Willenstheorie ansprechen. Wenn wir dem noch hinzufügen, was wir über das Verhältnis des Willens zum Interesse ebenfalls bereits erwähnt haben und übrigens auch KELSEN selbst[4]) ausgezeichnet dargelegt hat, so können wir auch die KELSENsche Theorie nicht als eine von den herrschenden und, wie gezeigt wurde, einander trotz allen scheinbaren Verschiedenheiten schließlich doch sehr nahestehenden Auffassungen wesentlich abweichende anerkennen.

Schließlich wäre in bezug auf KELSEN noch der Umstand hervorzuheben, daß während die herrschenden Theorien das subjektive Recht bald Interesse, bald Willen oder Willensmacht nennen, es KELSEN als den Rechtssatz selbst bezeichnet. „Das subjektive Recht ist der Rechtssatz in seinem Verhältnis zu usw.“ Es ist auch diese Ausdrucksweise nicht sehr ge-

---

[1]) Beide Einwände wurden schon von WIELIKOWSKI, *Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie,* 1914, S. 170—172 erhoben.

[2]) Vgl. auch S. 619, wo „Verfügung“ mit „Äußerung“ gleichgesetzt wird.

[3]) Siehe oben, § 74.

[4]) A. a. O. S. 617.

lungen, und KELSEN selbst ist nicht imstande, sie aufrecht zu erhalten. Er sieht sich selbst veranlaßt, zu betonen[1]): „Dabei muß allerdings hervorgehoben werden, daß zwischen Rechtssatz und subjektivem Rechte insoferne keine Identität besteht, als der Rechtssatz (im objektiven Sinne) permanent ist, während die Dauer des subjektiven Rechts beschränkt bleibt. Der Rechtssatz besteht, ohne daß ein konkretes subjektives Recht bestehen muß, soferne nämlich jene Relation nicht gegeben ist, in welcher der Rechtssatz als subjektives Recht in Betracht kommt".

Dann nennt er auch „das fragliche Verhältnis zwischen Rechtssatz und subjektivem Rechte" ein Verhältnis „zwischen der objektiven und subjektiven Relation des Rechtssatzes".[2]) Es ist dieser Terminologie gegenüber hervorzuheben, daß weder der Rechtssatz auch als eine „objektive Relation des Rechtssatzes", noch das subjektive Recht auch als Rechtssatz bezeichnet werden kann. Die Rechtsnorm ist nicht ihre objektive Relation zu irgend etwas, wohl aber ist das subjektive Recht nichts andres als ein Verhältnis der *Rechtsmacht* zu gewissen Personen. Das subjektive Recht ist also nicht „der Rechtssatz", sondern nur ein durch den Rechtssatz gesetztes subjektives Verhältnis. Mein Recht bedeutet nicht soviel als mein Rechtssatz,[3]) sondern als eine im Rechtssatz mir zugedachte „Gewährung".

Das genus proximum des subjektiven Rechts darf also weder als Wille, noch als Interesse, noch als Rechtssatz oder Norm bezeichnet werden, es ist vielmehr die Gewährung oder das Zuteilwerdenlassen, es ist also in einer besondern Intention der Rechtsnorm, die im Rechtsinhalte zum Ausdruck gelangt, zu suchen.

Die oft behaupteten tiefgreifenden Gegensätze über das subjektive Recht bestehen demnach eigentlich gar nicht,[4]) es sind mehr solche des Ausdrucks als der Meinung.

---

[1]) A. a. O., S. 626.

[2]) *Ebenda.*

[3]) KELSEN, S. 619.

[4]) Vgl. v. PETRAZYCKI, *Über die Motive des Handelns.* 1907 S. 21; „Es ist bis jetzt der Rechtswissenschaft nicht gelungen, eine befriedigende Frage über das Wesen der Rechte zu finden".

Es wird nur gewöhnlich außer acht gelassen, daß es auch ein von jeder Äußerung des Begünstigten oder einer andern Person unabhängig gesetztes Gewähren geben kann, und daß die Zugrundelegung dieses Begriffes auch zum Ausdruck derjenigen Beschränkungen den geeignetsten Ausgangspunkt bildet, denen er etwa unterzogen wird.

§ 135. Die naturrechtliche Theorie des subjektiven Rechts.

Von der allgemeinen Auffassung weicht nur die, allerdings nicht mehr herrschende Theorie des subjektiven Rechts ab, die es nicht aus dem objektiven Rechte, d. h. aus der Rechtsnorm hervorgehen, sondern die — horribile dictu — umgekehrt das subjektive Recht dem objektiven vorangehen läßt. Es ist die *naturrechtliche Auffassung* des subjektiven Rechts. Wenn nach dieser Auffassung die Rechtsnorm eine Norm eines bestimmten Inhalts ist, so ist dieser Inhalt als Rechtsinhalt natürlich nicht erst von der Rechtsnorm gesetzt, sondern umgekehrt von ihr als solcher nur aufgenommen. Es geht also der Rechtsinhalt nicht aus der Rechtsnorm hervor, sondern er geht ihr voraus. Nicht das ist nach dieser Auffassung ein Rechtsinhalt, was durch eine Rechtsnorm bestimmt ist, sondern dasjenige ist eine Rechtsnorm, was den Rechtsinhalt aufnimmt. Rechtspflichten und Rechte im subjektiven Sinne müssen daher nach dieser Auffassung als vor dem objektiven Recht einhergehend betrachtet werden.[1]) Kelsen befindet sich daher im Irrtum, wenn er[2]) an „allen Konstruktionen des subjektiven Rechts, die in der neuern Rechtslehre versucht wurden, unverkennbar den spezifischen Wesenszug des Naturrechts“ nachweisen zu können glaubt, weil sie ausschließlich oder teilweise das inhaltliche Merkmal jener Erscheinung, deren Form lediglich das Recht bedeutet, erfassen.

---

[1]) Natürlich ist nicht davon die Rede, ob das Recht im objektiven oder im subjektiven Sinne *historisch* früher dagewesen sei, sondern nur davon, welches von den beiden die logische Bedingung des andern ist. Siehe diesbezüglich Kohler, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1902, S. 8.

[2]) A. a. O., S. 570.

Es bedeutet einen gewaltigen Unterschied, ob man das Wesen des objektiven Rechts oder nur das des subjektiven auf ein inhaltliches Merkmal zurückführt. Wer das objektive Recht einmal anders als durch seinen Inhalt bestimmt hat und das subjektive Recht auf das objektive zurückführt, wie es ja die herrschenden Theorien des subjektiven Rechts ausnahmslos tun, der hat den Fehler des Naturrechts bereits vermieden. Da ferner das subjektive Recht oder der Rechtsanspruch keine unumgängliche Eigenschaft der Rechtsnorm, sondern nur einen bestimmten Inhalt gewisser Rechtsnormen bedeutet, so folgt schon daraus, daß in seinem Begriffe auch auf ein inhaltliches Merkmal zurückgegriffen werden muß, das jenen Unterschied zwischen den objektiven Rechtssätzen ausmacht, denn es ist ein Unterschied ihres Inhaltes.[1]) Eines solchen inhaltlichen Merkmales bedient sich notwendigerweise auch KELSEN: es ist das Zugestehen einer Klage.

Als Beispiel einer naturrechtlichen Auffassung des subjektiven Rechts kann die DERNBURGS angeführt werden[2]): „Recht im subjektiven Sinn ist der Anteil an den Lebensgütern, welcher einer Person in der menschlichen Gesellschaft zukommt. Rechte im subjektiven Sinne bestanden geschichtlich lange, ehe sich eine selbstbewußte staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre

[1]) Man könnte meinen, daß nach dieser Auffassung der Begriff der Rechtspflicht, den auch wir inhaltlich ergreifen, indem wir ihn als eine Belastung oder Auferlegung bezeichnen, unrichtig bestimmt sein müsse, da er im Gegensatz zum Begriff des Anspruches eine notwendige Beziehung jeder Rechtsnorm bedeutet und somit kein inhaltliches Merkmal enthalten dürfe. Demgegenüber ist jedoch darauf hinzuweisen, daß *ein* inhaltliches Merkmal, wie wir gezeigt haben, bereits im Begriff des objektiven Rechts steckt, nämlich das der Norm. Nicht jede Äußerung der Rechtsmacht ist Recht im objektiven Sinne, sondern nur eine solche, die — also ihrem Inhalte nach — eine Norm ist. Das inhaltliche Merkmal der Belastung, das in der Rechtspflicht steckt, ist wie wir gezeigt haben, weiter nichts als jenes bereits mit dem Normbegriff verbundene, so daß wir den Begriff der Rechtspflicht ohne jeden naturrechtlichen Anklang darauf zurückführen konnten. Es ist dabei wieder an die Relativität der Begriffe von Form und Inhalt zu erinnern.

[2]) DERNBURG, *Pandekten*, I[5], S. 88.

Güter zu erringen und zu erzwingen wußten. Erst durch Abstraktion mußte man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektiven Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, daß die Rechte im subjektiven Sinn nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn. Die Rechtsordnung gewährleistet und modelt die Rechte im subjektiven Sinn, aber sie ist nicht ihr Schöpfer".

Wie sich damit die andre Stelle in DERNBURGS *Pandekten*,[1]) an der von dem subjektiven Recht die Rede ist, vereinigen läßt: „Vom Recht im objektiven Sinne ist zu unterscheiden das Recht im subjektiven Sinne, nämlich eine durch die Rechtsordnung gewährleistete Berechtigung" — lasse ich dahingestellt sein.[2]) Ähnlich lehrt LASSON[3]): „Die Befugnis ist das erste, und alle Normen haben nur den Inhalt, daß fremde Befugnis nicht gestört werde".

Diese Auffassung kann aber als eine bereits überwundene gelten.[4])

§ 136. Die Unterscheidung des öffentlichen und des Privatrechts.

Auf Grund der dargelegten Verschiedenheiten läßt sich auch derjenige Unterschied der Rechtssätze bestimmen, den wir als den Gegensatz des öffentlichen und des Privatrechts zu bezeichnen pflegen.[5]) Wir können die Rechtssätze nach den

---

[1]) *Pandekten*, I[5], S. 44.

[2]) In einer allerdings abgeschwächten Form klingen die nämlichen Gedankengänge bei LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I[4], S. 100 an, indem er es für eine verkehrte Anschauung hält, „alle dinglichen und Forderungsrechte der Individuen als vom Staate abgeleitete, von ihm übertragene Rechte zu bezeichnen; der Staat ist nicht positiv Ursprung und Quelle, Schöpfer und Träger dieser Rechte, sondern sein Wille ist nur ein negatives Erfordernis, indem Rechte, welche der Staat nicht duldet, nicht entstehen oder fortbestehen können".

[3]) LASSON, *Rechtsphilosophie*, S. 208, Anm. 2.

[4]) Siehe über DERNBURG: ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, I. 1897, S. 56—59. Daselbst auch in Anm. 14 weitere Literaturangaben.

[5]) Über den Sprachgebrauch von „öffentlich" und „privat" vgl. HOLLIGER, *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentl. Recht und dem Privatrecht*, 1904, S. 41—47.

Verschiedenheiten der in ihnen gesetzten Beziehungen in folgende drei Gruppen teilen:

1. In solche, die Versprechensverpflichtungen und diesen entsprechende Versprechensansprüche setzen (promittive Rechtssätze).

2. In solche, die bloß (primäre) Befehlsverpflichtungen setzen (imperative Rechtssätze).

3. In solche, die neben den primären Befehlsverpflichtungen *auch* noch sekundäre Befehlsverpflichtungen und diesen entprechende Befehlsansprüche setzen(imperativ-attributive Rechtssätze).

Die Rechtssätze der ersten und der zweiten Art nennen wir öffentlichrechtliche, die Rechtssätze der dritten Art privatrechtliche.

Das Kennzeichen der letzten ist demnach die Verpflichtung oder die Berechtigung des einen Rechtsuntergebenen nicht bloß gegenüber der Rechtsmacht, sondern auch gegenüber einem anderen Rechtsuntergebenen.[1]

Eine Verpflichtung oder eine Berechtigung von Untergebenen gegenüber der Rechtsmacht wird aber durch sämtliche Rechtssätze ohne Ausnahme geschaffen. Auch die Rechtssätze der dritten Art begründen eine Verpflichtung gegenüber der Rechtsmacht;[2] die sekundäre Verpflichtung gegenüber Untergebenen und die entsprechende Berechtigung kommt nur noch zu jener primären hinzu. Deshalb kann man nicht sagen: die Normen des öffentlichen Rechts setzen ein Rechtsverhältnis zwischen Rechtsmacht und Untergebenen, die privatrechtlichen hingegen eines zwischen verschiedenen Untergebenen, denn auch die privatrechtlichen setzen Untergebene in ein Verhältnis zur Rechtsmacht, und das Verhältnis zwischen Untergebenen kommt nur noch zu jenem hinzu. Deshalb ist der Unterschied derart zu bestimmen, daß die privatrechtlichen Normen *außer* einer Verpflichtung *oder* einer Berechtigung gegenüber der Rechtsmacht *auch noch* eine Verpflichtung

---

[1] Ähnlich Bierling, *Kritik,* II, S. 161; *Jur. Prinzipienlehre,* I, S. 312.

[2] Jus privatum sub tutela Juris Publici latet lehrte bereits Bacon, *De augm. scient.,* VIII, 3. Siehe auch Schultze, *Privatrecht und Prozeß,* 1883, I, S. 60.

und eine Berechtigung von Untergebenen gegeneinander begründen, während die Normen des öffentlichen Rechts Verpflichtungen *oder* Berechtigungen von Untergebenen *nur* der Rechtsmacht gegenüber setzen.

Da es, wie wir bereits hervorgehoben haben, unter Umständen schwer halten mag, zu bestimmen, ob irgend eine Rechtsnorm außer der primären Verpflichtung auch noch eine sekundäre, mithin auch noch einen Befehlsanspruch setzt oder nicht, so muß es in solchem Falle ebenso schwierig sein, zu sagen, ob die in Frage stehende Norm eine öffentlichrechtliche oder eine privatrechtliche ist. Das ist aber nur mehr eine Interpretationsfrage eines gegebenen Rechtsinhalts. Es bedeutet nur mehr eine Schwierigkeit der *Anwendung* des Prinzips auf einen einzelnen Fall, betrifft jedoch nicht die Frage der Richtigkeit des zugrunde gelegten Prinzips. Daß der Begriff des öffentlichen Rechts bereits mit dem Begriffe einer Rechtsnorm einhergeht, während es ein Privatrecht nicht unbedingt geben muß, damit es Recht geben könne, — daß also mit andern Worten, der Begriff des Privatrechts kein juristischer Grundbegriff, sondern nur ein Allgemeinbegriff sein kann, braucht wohl nicht besonders ausgeführt zu werden.

Man kann den hier behandelten Unterschied ebensowenig derart ausdrücken, daß die Normen des öffentlichen Rechts ein Subordinationsverhältnis, die des Privatrechts hingegen ein Koordinationsverhältnis begründen.[1]) Denn jenes Subordinationsverhältnis liegt dem Rechtsbegriffe derart zugrunde, daß jede Rechtsnorm eine Norm eines Übergeordneten an Untergeordnete ist. Die privatrechtliche Koordination kann nur noch hinzukommen. Aber mit dieser angeblichen Koordination im Privatrecht hat es auch noch seine fernere Bewandtnis. Das Verhältnis, das durch eine Rechtsnorm zwischen Rechtsuntergebenen gesetzt wird, obwohl es immer ein privatrechtliches ist, kann *nicht immer* als ein Koordinationsverhältnis schlechthin bezeichnet werden. Das Verhältnis,

---

[1]) Jellinek, *Allg. Staatsl.*, 2. Ausg., S. 372; Br. Schmidt, *Der Staat*, S. 85; Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts*, S. 171.

das Pflichten der Eltern den Kindern gegenüber und Rechte der Kinder den Eltern gegenüber setzt, ist trotzdem kein Verhältnis der Koordination, sondern ein Subordinationsverhältnis. Die der Rechtsmacht gegenüber Subordinierten (Untergebenen) können, indem sie gegeneinander berechtigt und verpflichtet werden, doch auch zugleich einander über- und untergeordnet werden. Somit bedeutet das Privatrechtsverhältnis eine notwendige Koordination bloß in der besonderen Beziehung, daß beide Teile der Rechtsmacht gleichmäßig subordiniert sind und nur in dieser Hinsicht immer als Koordinierte erscheinen.

Der Rechtsmacht gegenüber gleichmäßig subordiniert und in diesem Sinne koordiniert können jedoch auch verschiedene sekundäre Organe sein, folglich müßten wir auf Grund dieses Merkmals das Verhältnis einander sub- bezw. superordinierter sekundärer Organe als ein privatrechtliches bezeichnen. Wenn es aber einmütig als öffentlichrechtliches aufgefaßt wird, so ist es einleuchtend, daß das principium divisionis nicht in einem Unterschied von Subordination und Koordination im obigen Sinne bestehen kann. Das Verhältnis der beiden Organe zueinander ist ein öffentlichrechtliches, weil das übergeordnete Organ dem untergeordneten gegenüber nicht verpflichtet und folglich dieses dem übergeordneten gegenüber nicht berechtigt ist.

Es ist demnach am besten, die Bezeichnung des Privatrechtsverhältnisses als eines Koordinationsverhältnisses gänzlich fallen zu lassen.[1])

---

[1]) In einer systematischen Darstellung des Rechts ist es daher angebracht, das öffentliche Recht dem privaten vorangehen zu lassen. Die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen des Privatrechts sind viel bedeutender als die privatrechtlichen Voraussetzungen des öffentlichen Rechts. Allerdings kann es auch innerhalb eines bestimmten Systemes privatrechtliche Voraussetzungen des Verständnisses des öffentlichen Rechts geben. (Was allem Rechtsinhalt voransteht, sind freilich nur die Grundlehren im hier gebrauchten Sinne des Wortes.) Und es hat Austin (a. a. O., II, S. 752) darin recht, daß sämtliche Teile einer Rechtsordnung so eng miteinander verschlungen sind, daß sie sich eigentlich nicht trennen lassen. Als Beispiele privatrechtlicher Bedingtheit des Verständnisses öffentlich-rechtlicher Sätze führt er die Rechtsstellung des

Königs von England an, deren Besonderheiten ohne die Kenntnis des Familienrechts, namentlich des Eherechts und des gemeinen Eigentumrechts, schwer zu verstehen sind (S. 749). Das zugegeben, muß aber andrerseits betont werden, daß ohne das Verfassungsrecht das *ganze* Privatrecht überhaupt in der Luft schweben würde. Es ist demnach eigentlich unlogisch, den Rechtsunterricht auf das Privatrecht zu gründen. Daß es dennoch geschieht, läßt sich nicht aus systematischen Erwägungen, sondern nur aus historischen Umständen verstehen. Namentlich dort, wo der Rechtsunterricht auf das römische Recht gegründet war, mußte natürlich dem abgestorbenen römischen Staatsrecht gegenüber das lebendige römische Privatrecht einen Vorrang einnehmen. Sodann war die feinere Ausbildung des Privatrechts und der Privatrechtswissenschaft dem besonders in früheren Zeiten sowohl in praktischer wie in theoretischer Hinsicht stark zurückgebliebenen Staats- und Verwaltungsrechte gegenüber ein fernerer Grund, den Unterricht auf jenes zu gründen. Und schließlich ist die praktische juristische Tätigkeit der Hauptsache nach vielleicht noch immer durch das Privatrecht in Anspruch genommen und war es sicherlich in früherer Zeit.

Ebenfalls nur durch die erwähnten historischen Umstände wird es verständlich, daß die meisten Voraussetzungsprobleme alles Rechts, insofern sie überhaupt behandelt wurden, ihre Stelle — namentlich früher — im allgemeine Teile der privatrechtlichen Jurisprudenz gefunden haben. Systematisch wären sie — wofern sie schon nicht, was jedenfalls das entsprechendste ist, für sich besonders behandelt werden — immerhin im allgemeinen Teile der Staatsrechtslehre besser am Platze. Vgl. diesbezüglich Bernatzik, *Die jurist. Persönlichkeit der Behörden,* Arch. f. öff. Recht, V, 1890, S. 178. Wenn jedoch Bernatzik dagegen Einspruch erhebt, daß die systematischen Grundbegriffe des Rechtssystems, die einen gemeinsamen Besitzstand des Staats-, Straf-. Prozeß- wie des Privatrechts bilden, nicht im „allgemeinen Teile“ des Privatrechts, sondern besonders dargestellt werden sollten, so scheint ihm nur eine Darstellung dieser Begriffe nach ihrer rechtsinhaltlichen, nicht aber nach ihrer für jedes Recht schlechthin gültigen Voraussetzungsfunktion hin vorzuschweben; wenigstens werden bei ihm diese beiden Gesichtspunkte nicht auseinandergehalten. Soweit es sich aber bloß um Rechtsinhaltsbegriffe handelt, ist zu bemerken, daß diese je nach dem zugrunde gelegten Normmaterial verschiedene Grade der Allgemeinheit aufweisen können. Es läßt sich demnach *neben* ihrer Behandlung für das Ganze eines gegebenen Rechtssystemes immerhin auch noch eine weniger allgemeine speziellere Ausführung für das Gebiet des privat-, staats-, strafrechtlichen Teiles jenes gegebenen Systemes denken, und eine solche Behandlung kann auch ihre praktischen Vorzüge haben. Jedenfalls bedeutet sie noch keine Methodenverirrung. Diese beginnt erst an dem Punkte, wo versucht wird, nicht *allgemeine,* sondern *Voraussetzungs*begriffe nach Norminhaltsmethoden zu gewinnen.

§ 137. Zur Literatur der Unterscheidung des öffentlichen und des Privatrechts.

Zu den gangbarsten Unterscheidungen des öffentlichen und des privaten Rechts gehört noch immer die bekannte ULPIANsche Lehre: publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.[1])

Es ist dagegen wiederholt ausgeführt worden, daß die Gemeinnützlichkeit einer Norm mit ihrem privaten Nutzen nicht in Gegensatz zu stehen braucht.[2]) Das Eigentumsrecht, die

---

Aus der Gesamtauffassung dieser Schrift ergibt sich auch, wa von der vielbesprochenen Anleihe der juristischen Behandlung des Staatsrechts bei der Privatrechtswissenschaft zu halten ist. Vgl. LABAND, *Staatsrecht des Deutschen Reichs*, 1876, S. 8. Da es zur Gewohnheit wurde einen Teil der Grundbegriffe des Rechts im allgemeinen Teil des Privatrechts und namentlich des Pandektenrechts zu behandeln, kommt den betreffenden Partien dieses Teiles natürlich eine über die Grenzen des Privatrechts hinausragende Bedeutung zu. Doch trifft es durchaus nicht zu, daß „dies Verhältnis der andern juristischen Disziplinen zum Privatrecht“ — wie noch von BETHMANN-HOLLWEG, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit*, 1876, S. 59 annahm — „nicht zufällig, sondern in der Natur des Rechts selbst begründet“ sei. Heute kann diese Ansicht als eine bereits ziemlich allgemein verlassene angesehen werden.

[1]) Zu der ULPIANschen Ansicht bekennen sich BRUNS bei v. HOLTZENDORFF, *Enzyklpädie,* 3. Aufl., S. 340; NEUNER, *Privatrechtsverhältnisse,* S. 1, 9, 130. (Zitiert nach THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht,* S. 110.)

[2]) THON, a. a. O., S. 110—114; AUSTIN, *Lectures*, I[5], S. 404 bemängelt die ULPIANsche Unterscheidung aus dem Grunde, weil das Gemeininteresse aus der Summe der Individualinteressen besteht, folglich jedes Recht auf dieser Grundlage sowohl öffentliches als privates Recht wäre. Hierbei unterläuft der Fehler, daß es doch immerhin auch ein besonderes Interesse eines Einzelnen geben kann, das noch kein Gemeininteresse ausmacht. Die Interessen der Privaten können ja einander zuwiderlaufen. Ein Interesse mancher Einzelner ist noch lange kein solches sämtlicher Einzelner. Richtig hingegen der Einwurf AUSTINS (I, S. 71 und II, S. 747): „If we examine the purposes to which their rights and duties are conferred and imposed by the Sovereign, we shall find that the purposes of the rights and duties which the Sovereign confers and imposes on private persons often coincide with the purposes of those which the Sovereign confers and imposes on political superiors“. Dies genügt bereits zur Widerlegung der ULPIANschen Unterscheidung.

verschiedenen Bestimmungen des Obligationenrechts können ebensogut durch das Gemeinwohl, wie durch das Interesse Einzelner bedingt sein. Auch braucht das öffentliche Recht nicht immer einem öffentlichen Interesse zu entsprechen. Es kann auch ein öffentliches Recht geben, das dem öffentlichen Interesse zuwiderläuft, und selbst auf eine diesbezügliche Intention der rechtssetzenden Macht kommt es nicht an, denn obwohl die Absicht, dem Gemeininteresse zu dienen, gewöhnlich vorhanden sein wird, ist sie doch für den Begriff des öffentlichen Rechts so wenig erforderlich wie für den Begriff des Rechts schlechthin.

Und umgekehrt ist eine Norm, durch die irgend ein Interesse Einzelner gewahrt werden soll, deshalb noch keine privatrechtliche. Eine solche Norm bedeutet bloß eine Gewährung, sie setzt einen Anspruch oder ein subjektives Recht (oder wie immer wir es nennen wollen). Doch ist nicht jeder Anspruch oder jedes subjektive Recht privatrechtlicher Art. Die Einteilungen: objektives und subjektives Recht einerseits und öffentliches und privates Recht andrerseits decken sich nicht, sondern kreuzen sich. In den diesbezüglichen Theorien kommen die Gegensätze über den Begriff des subjektiven Rechts auch wieder zum Vorschein, was eben deshalb befremden muß, weil sich die Gebiete des privaten und des subjektiven Rechts nicht decken.[1]

So ist neben der eben behandelten Interessentheorie des Privatrechts die besonders von Haelscher[2] vertretene Willenstheorie zu nennen. Die privatrechtlichen Normen wären danach solche, die ihre Bestimmungen namentlich hinsichtlich der Unrechtsfolge von dem Willen des Berechtigten abhängig machen. Es hat dagegen bereits Thon darauf hingewiesen, daß nicht der Beginn des Unrechts von einer Willenserklärung des Berechtigten abhängig gemacht ist, sondern durch diese bloß die bereits vorhandene Widerrechtlichkeit einer Handlung auf-

---

[1]) Anders Bierling, *Kritik*, II, S. 161.

[2]) Gerichtssaal, XXI, 1869, S. 11—36, 81—114, bes. 89, 94; XXVIII, 1876, S. 423 ff. Ferner Lenel, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen,* 1876, S. 3, 5. (Zitiert nach Thon, a. a. O., S. 115—116, vgl. auch die Kritik Thons daselbst S. 115—120.)

gehoben werden kann, — was aber auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts der Fall sein kann.

THON bezeichnet als privatrechtliche diejenigen Normen, die den Interessen des Einzelnen wider Einzelne einen Schutz durch Klageanspruch gewähren. Es ist damit der ausschlaggebende Umstand, daß es solche Rechtsnormen sind, die Einzelne zu Einzelnen in Pflicht- und Anspruchsbeziehungen setzen, richtig erfaßt, nur werden durch den Zusatz des Klageanspruches die leges imperfectae ausgeschlossen, hingegen werden die Handlungsunfähigen gewährten Rechte durch seine Definition getroffen.[1]

Wenn sodann THON[2] auch die Rechte wider den Fiskus als Privatrechte bezeichnet, so zieht er dadurch in seine Wesensuntersuchung rechtsinhaltlich terminologische Fragen hinein und verdunkelt damit die ganze Ausführung. Denn daß die Rechtsmacht die Geltendmachung der gegen sie selbst gewährten Ansprüche nach einem ähnlichen Verfahren zuläßt wie die Geltendmachung der den Einzelnen gegen andere Einzelne gewährten Ansprüche, hat mit der Tatsache, daß diese Ansprüche trotzdem verschiedener Art sind, nichts zu tun.[3]

Wenn wir schließlich nichts Wesenhaftes, sondern nur etwas Terminologisches treffen wollen, so könnten wir ja gleich viel einfacher sagen: eine Privatrechtsnorm ist eine Rechtsnorm, die von der Rechtsmacht als solche bezeichnet wird.

---

[1] Ich gebe die Definition THONS im Obigen ihrem Sinne nach wieder. Seine wörtliche Definition (a. a. O., S. 134) ist noch weniger zutreffend. Sie lautet: „Privatrechtliche Normen nennen wir diejenigen, deren Übertretung für den in seinen Interessen Verletzten einen Privatanspruch hervorruft. Im Gegensatz zu ihnen gehören alle diejenigen Normen allein dem öffentlichen Rechte an, deren Verletzung einen öffentlich-rechtlichen Anspruch begründet". Nun fragt es sich doch wieder, wann ein Anspruch ein privatrechtlicher und wann er ein öffentlich-rechtlicher ist. Die Verfolgung dieser Frage führt wieder dazu, daß es darauf ankommt, ob der Anspruch aus einer Verpflichtung Einzelner oder wieder aus einer der Rechtsmacht erwächst. Wir werden also doch auf die Unterschiede der Befehls- und der Versprechensverpflichtung, d. i. einfach zur Erkenntnis dessen gebracht, daß unter privatrechtlichen ie imperativ-attributiven Normen zu verstehen sind.

[2] S. 143—144.

[3] Vgl. BR. SCHMIDT, *Der Staat,* S. 85 ff. und die dort Zitierten.

Es ist das wieder ein Beispiel des so häufigen Vermengens von Voraussetzungs- und Rechtsinhaltsuntersuchungen, das nur zur gleichen Verdunkelung beider Probleme führen kann.[1])

Austin[2]) sieht den Unterschied zwischen öffentlichem und Privatrecht darin, daß die Privatrechtsnormen mehr eine Macht *besonders bestimmten* Einzelnen gegenüber verleihen, während das öffentliche Recht mehr die unbestimmte Gesamtheit dabei im Auge hat. So beträfen die Rechte des Herrn gegen seine Sklaven, die des Vaters gegen seine Kinder, die des Vormundes gegen sein Mündel insbesondere die Sklaven eben jenes Herrn, die Kinder jenes Vaters, das Mündel jenes Vormundes, also immer besonders bestimmte Individuen. Wogegen die Rechte eines Richters nicht in bezug auf diese oder jene bestimmte Individuen, sondern allgemein in bezug auf die Gesamtheit verliehen wären.

Die Unterscheidung hält jedoch nicht stand. Die Pflichten des Amtsvorstandes seinen individuell bestimmten Untergebenen gegenüber sind öffentlichrechtliche, die Ansprüche des Eigentümers einer Sache der unbestimmten Gesamtheit von Untergebenen gegenüber sind privatrechtliche.[3])

---

[1]) Diesen Widerspruch hat bereits Bierling empfunden, wenn auch nicht vollkommen gelöst (*Kritik*, II, S. 165): „In keinem Falle kann die eigentümliche Stellung des Fiskus Einfluß üben auf den Begriff des Privatrechts selbst; vielmehr setzt sie den letztern als einen fertigen voraus, nur freilich als einen so gearteten, daß die hiernach den Inhalt des Privatrechts bildenden Rechtsnormen auch übertragen werden können auf solche bloß gedachte Subjekte, welche *zunächst nicht* als Privatrechtssubjekte gedacht sind".

[2]) *Lectures*, II, S. 748.

[3]) Vgl. auch noch Austin, a. a. O., II[5], S. 744—760; Jellinek, *System*, S. 50—63; Jellinek, *Staatslehre*, S. 372—374; Stammler, *Theorie*, S. 402—404; Holliger, *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht*, 1904, wo 17 Theorien behandelt werden; Berolzheimer, *System*, III, S. 120—125 und die dort angeführte Literatur; Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts*, 1874, S. 97—102, SA. aus der Tüb. Zeitschr; Gény, *Science et technique*, I, S. 63—65; Gierke, *Deutsches Privatrecht* I, 1895, S. 26—27; H. Schulze, *Einl. in d. deutsche Staatsrecht*, 1865; Kelsen, *Hauptprobleme*, S. 629—656; Freiherr v. Schenk, *Die Abgrenzung des öffentlichen und privaten Rechts*, Österr. Zeitschr. f. öff. Recht, I, 1914; Literatur bei Gareis, *Enzyklop. und Method. der Rechtswissenschaft*,

§ 138. Die subjektiven öffentlichen Rechte.

Da der Begriff des subjektiven Rechts sowohl im Gebiet der promittiven wie der imperativ-attributiven Normen vorkommt, so können wir öffentliche und private subjektive Rechte unterscheiden. Die öffentlichen sind diejenigen, die durch Versprechensnormen der Rechtsmacht gesetzt sind, und weisen wieder einen Unterschied auf, je nachdem das betreffende Versprechen auf ein Tun oder auf ein Unterlassen geht. Aus den Unterlassungsversprechungen der Rechtsmacht gehen Freiheitsrechte, aus den positiven Leistungsversprechen hingegen solche öffentliche subjektive Rechte hervor, die als ein *Können* bezeichnet worden sind. Während die subjektiven Rechte des Privatrechts einen Anspruch auf ein Tun oder ein Unterlassen Normuntergebener bedeuten, hat das öffentliche subjektive Recht ein Tun oder ein Unterlassen der Rechtsmacht zum Inhalte. Daß mithin der Klageanspruch, dessen Vorhandensein nach einer verbreiteten Ansicht als ein Kennzeichen des privaten subjektiven Rechts angesehen wird, eigentlich einen zum privaten hinzugefügten öffentlichen Anspruch (oder subjektives Recht) bedeutet, ist bereits erwähnt worden.

Auf die grammatische Form eines Versprechens kommt es hinsichtlich der subjektiven öffentlichen Rechte ebensowenig an wie in bezug auf die Bedeutungen des Rechtssatzes überhaupt. Es ist also gleichgültig, ob eine Unterlassung der Rechtsmacht *ausdrücklich* zugesichert oder durch das generelle Versprechen, nur nach den vorherbestimmten Grundsätzen zu handeln, mitinbegriffen ist. Im Falle eines derartigen Versprechens entsteht natürlich ein weites Gebiet von Freiheiten der Untergebenen, die, wie Jellinek richtig ausführt, alle die Natur der sogen. Grundrechte teilen, ohne in den Katalog dieser Rechte aufgenommen zu sein.

Jellinek[1]) bezeichnet das Problem der subjektiven öffentlichen Rechte als eines der tiefsten und schwierigsten der

---

4. Aufl., S. 59 ff.; Merkel, *Jurist. Enzykl.*, 5. Aufl., S. 58 ff. und S. 102 ff.; Haenel, *Deutsches Staatsrecht*, S. 153 ff.; Wach, *HB. des deutschen Zivilproz.* S. 81 ff.; Bernatzik, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, Anm. 1.

[1]) *System der subj. öff. Rechte*, S. 10.

Wissenschaft vom menschlichen Gemeinleben. Und ohne die Kategorie der Versprechensnormen muß es tatsächlich große Schwierigkeiten verursachen. Wir erinnern hier daran, daß JELLINEK in seiner Staatslehre das Korrelativproblem der subjektiven öffentlichen Rechte: das Problem der rechtlichen Gebundenheit des Staates, eines der schwierigsten der gesamten Staatslehre nennt, und daß diese Schwierigkeit ebenfalls auf den Mangel der Kategorie der Versprechensnormen und einer richtigen Erkenntnis ihres Wesens zurückzuführen ist.

Nach JELLINEK[1]) können die öffentlichen subjektiven Rechte in drei große Gruppen eingeteilt werden: 1. in Ansprüche auf Unterlassungen der Rechtsmacht (oder wie er es nennt: des Staates); 2. in Ansprüche auf Leistungen des Staates und 3. in Ansprüche, als Träger einer Organstellung (zur Tätigkeit als Organ) zugelassen zu werden.

Ihrer *inhaltlichen* Wichtigkeit gemäß kann wohl die dritte Gruppe aus den beiden ersten herausgeschnitten werden, aber ihrer juristischen Struktur nach kann sie nicht als eine dritte Art *neben* die beiden ersten gestellt werden, da sie sich immer in die beiden ersten auflösen läßt. Sie bedeutet immer entweder einen Anspruch auf ein Tun oder auf ein Unterlassen der Rechtsmacht. Sie bedeutet im Falle von Ernennungen das Versprechen der Rechtsmacht, die „Organe“ unter bestimmten Bedingungen gewissen Schichten der Untergebenen zu entnehmen, im Falle von Wahlbesetzungen, die Ansprüche auf alle notwendigen (versprochenen) Vorbereitungsakte zur Vornahme der Wahlen und schließlich auch noch den Anspruch auf alle (im Versprechen gesetzten) Unterlassungen von Störungen der Stimmenabgabe und auf ein positives Verhalten der Rechtsmacht nach Maßgabe der abgegebenen Stimmen.[2])

---

[1]) *Allgemeine Staatslehre*, 2. Ausg., S, 406—410.

[2]) Vgl. JELLINEK, a. a. O., S. 408—409: „Diese Ansprüche gehen weder auf ein Unterlassen, noch auf ein Leisten von seiten des Staates, *sondern* auf ein Anerkenntnis des Staates, für ihn wirksam zu werden“. Dieser behauptete Gegensatz besteht jedoch nicht, da sich eben die Anerkenntnis in Leistungen und Unterlassungen auflösen läßt.

Alles weitere betrifft einen besonderen Norminhalt und nicht die alternative und in diesem Sinne notwendige Struktur der subjektiven öffentlichen Rechte.

Freilich wenn sich hinter solchen Ansprüchen, zu gewissen Tätigkeiten zugelassen zu werden, eigentlich die Tatsache des Anteilhabens an der Rechtsmacht selbst verbirgt, so haben wir es mit einer juristischen Konstruktion der allerobersten Tatsache alles staatlichen und rechtlichen Lebens zu tun. Diese Tatsache geht natürlich allem Rechte im objektiven und im subjektiven Sinne voraus, und sie aus irgendwelchen subjektiven öffentlichen Rechten zu konstruieren, ist wiederum nur ein rechtsinhaltliches Problem, dem wir bei der Erörterung der Frage der Verfassungsgesetze bereits einmal begegnet sind.[1]

Daß die Leugnung der subjektiv öffentlichen Rechte nicht die Möglichkeit der Rechtsordnung und des Staates in Frage stellt, haben wir gegenüber Jellinek bereits bestritten.[2] In einem absoluten Staate im strengsten Sinne des Wortes, dessen Rechtsmacht ihren Untergebenen keinerlei Versprechen geleistet, sich mithin keinerlei Beschränkungen und Verpflichtungen auferlegt hat, gibt es keine subjektiven öffentlichen Rechte. Begrenzte Staatsmacht und unbegrenzte Staatsmacht (in diesem Sinne des Wortes) sind wohl die tiefgreifendsten Unterschiede, die sich in bezug auf die verschiedenen Staatswesen aufstellen lassen. Allerdings wäre ein Staat aus lauter Sklaven im Sinne von Rechts*sachen* eine Unmöglichkeit, und allerdings bedarf es zur Ermöglichung des Begriffes des Rechts und des Staates Personen, aber nur deshalb, weil wir zu diesem Behufe des Begriffes der Pflicht bedürfen; des Begriffes des Anspruches (oder des subjektiven Rechts) bedürfen wir hierzu nicht. Es kann also Recht und Staat geben, ohne daß die Rechtsuntergebenen Rechte hätten, und um so mehr, ohne daß Herrscher und Beherrschte gar „Rechtsgenossen“ sein müßten.[3]

---

[1]) Die Frage, ob sich diese rechtsinhaltliche Konstruktion der Tatsache, in welchen Händen die Rechtsmacht ist, als subjektives Recht im Sinne Jellineks oder als „Reflex des Verfassungsrechts“ im Sinne Labands (*Staatsrecht*, I⁴, S. 306–307 und Anm. 1) besser durchführen läßt, braucht uns hier nicht weiter zu beschäftigen.

[2]) Siehe oben, § 94.

[3]) Jellinek, *System*, S. 10.

Diese Frage leitet uns übrigens zu den im folgenden zu behandelnden Begriffen des Normadressaten und des Rechtssubjektes hinüber.[1])

Vierzehntes Kapitel.

Der Normadressat. Pflicht- und Rechtssubjekte.

§ 139. Der Begriff des Normadressaten.

Der Begriff des Normadressaten ist ebenfalls bereits durch den Begriff des Rechts vorweggenommen. Eine Norm muß immer an irgend jemand gerichtet sein; diesen nennen wir den Normadressaten. Hinsichtlich der Rechtsnorm wissen wir bereits, daß sie sich nicht an wen immer richten kann. Nicht an wen immer gerichtete Normen einer Rechtsmacht sind Rechtsnormen. Sie können, um solche zu sein, nur innerhalb des Kreises derjenigen ihren Adressaten finden, durch deren regelmäßige Befolgung dieser Normen die betreffende Macht zu einer Rechtsmacht wird. Der Inbegriff der Gesamtheit der Menschen, die durch die Befolgung bestimmter Normen gebildet wird, haben wir aber Gesellschaft, und die Gesellschaft, die durch die Befolgung von Rechtsnormen entsteht, haben wir Staat genannt.

Adressaten der Rechtsnorm können mithin nur diejenigen sein, durch die die betreffende Staatsgesellschaft gebildet wird. Wir können dieselben auch als Untergebene bezeichnen und konnten auch schon bisher nicht umhin, diesen Begriff zu verwenden. Der Begriff der Untergebenen wird hier im weitesten Sinne genommen, wonach er auch die Untergebenen einer fremden Rechtsmacht umfaßt, die, sich in dem Machtbereich einer Rechtsmacht befindend, deren Normen gewöhnlich nachkommen.

Eine Norm hingegen, die sich an sonstige beliebige Menschen außerhalb dieses eben angedeuteten Kreises wendete, wäre

---

[1]) Die subjektiven öffentlichen Rechte werden nur spät erkannt. Gründe dafür und die Literatur bis auf JELLINEKS *System* siehe daselbst S. 1—8; neuere Literatur bei JELLINEK, *Staatslehre*, 2. Ausg., S. 404, Anm. 1; BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte*, 1914.

keine Rechtsnorm, selbst wenn sie von einer Rechtsmacht gesetzt wäre.[1])

Eine Norm, die ein Fürst des Staates A an die Untergebenen des Staates B in bezug auf ihr dortiges Verhalten ergehen ließe, wäre keine Rechtsnorm. Unter einem Untergebenen ist demnach jeder Mensch zu verstehen, der in den Herrschaftsbereich einer Rechtsmacht fällt, der also zu dem Kreise derjenigen gehört, die die Normen dieser in der Regel oder „habituell“ befolgen. Natürlich gehören zu diesem Kreise sowohl die „Staatsbürger“ wie die daselbst anwesenden Fremden; und zwar sowohl die anwesenden Staatsbürger wie solche auswärts lebende, die ein derartiges habituelles Befolgen bekunden. Allerdings schneiden sich dieser Auffassung gemäß die Kreise, die durch die Untergebenen verschiedener Rechtsmächte gebildet werden, in gewisser Hinsicht, da die auswärtigen Staatsbürger sowohl zu den Untergebenen der Rechtsmacht des Aufenthaltsortes wie zu denen der Rechtsmacht des Heimatsortes gehören. Wiederum eine Tatsache, der nur eine nicht allzu scharfe Fassung des Rechtsbegriffs gerecht werden kann.[2])

Von diesem Voraussetzungsbegriff der Untergebenen ist der auf Grund irgendwelcher Rechtsordnung feststellbare Rechtsinhaltsbegriff des Staatsbürgers scharf zu trennen.[3])

---

[1]) Austin, *Lectures*, I[5], S. 283: „A government can hardly impose legal duties or obligations upon members of foreign societies: although it can invest them with legal rights, by imposing relative duties upon members of its own community“. Und S. 331: „If the positive law of one independent community bound legally the members of another, the other independent community were not an independent community, but were merely a subordinate community forming a limb of the first“.

[2]) Vgl. diesbezüglich die bedeutenderen Untersuchungen über das internationale Privat- und Strafrecht. Auch Austin, *Lectures*. I[5], S. 330—334.

[3]) H. A. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit*, 1911. S. 23: „Bekanntlich enthält unser Strafgesetzbuch (§ 4 Ziff. 1) auch Vorschriften für das Verhalten von Ausländern im Auslande. Zwar *wollen* auch diese letzteren Vorschriften verpflichten, aber einmal werden sie in den meisten Fällen den Ausländer nicht motivieren, und sodann hat der Ausländer, wenn er nicht ausnahmsweise Beamter des Deutschen Reichs oder eines deutschen Bundesstaats ist, auch gar keinen Grund, sie als ihn hindernde Rechts-

Das Ausgeführte gilt sowohl für die Befehlsnormen wie für die Versprechensnormen. An Nichtuntergebene gerichtete Versprechensnormen der Rechtsmacht sind keine Rechtsnormen. Nichtsdestoweniger kann die Rechtsmacht Nichtuntergebenen dadurch subjektive Rechte verleihen, daß solche die Kehrseite von an Untergebene gerichteten Befehlen sein können. Wenn die Rechtsmacht Untergebene zugunsten von Nichtuntergebenen verpflichtet, so sind diese dadurch berechtigt, und nur insofern scheinen dann auch Nichtuntergebene Adressaten von Rechtsnormen sein zu können.[1])

Der Standpunkt, wonach die an Nichtuntergebene (also an im Auslande lebende Ausländer) gerichteten Versprechen einer Rechtsmacht keine rechtlichen Versprechen, keine Rechtsnormen sind, kann nach unserem heutigen Dafürhalten leicht Anstoß erregen. Dahinter steckt jedoch wieder bereits der

---

normen anzuerkennen. Der Ausländer hat, wenn ihm nicht *sein* Staat, in welchem er lebt, die gleichen Befehle zugehen läßt, durch Verstoß gegen die deutschen Gesetze keine Rechtsvorschrift übertreten".

[1]) Dieser Gedanke findet bei Zitelmann (*Internationales Privatrecht*, I, 1897, S. 70) folgenden Ausdruck: „Es ist sicherlich kein Eingriff in den Machtbereich eines fremden Staats, wenn denjenigen, über die dieser fremde Staat Befehlsgewalt hat, unser Staat Rechte erteilt. Der fremde Staat hat ja auch keinerlei Interesse daran, die Machteinräumung seitens unseres Staats nicht anzuerkennen. Denkbar ist allerdings, daß er es doch tut; er könnte sagen: ich weise eine Berechtigung der von mir beherrschten Personen zurück, wenn nicht die von mir für notwendig gehaltenen Tatbestände vorliegen. Das würde nur die Bedeutung haben, daß er damit dem Berechtigten, über den er ja Befehlsgewalt hat, verbietet, das ihm verliehene Recht auszuüben; ein solches Verbot und jene Machteinräumung sind aber nicht unverträglich miteinander". Vgl. überhaupt die Ausführungen Zitelmanns (a. a. O., I, S. 66—71), die jedenfalls höchst beachtenswerte Beiträge zu einer Lehre vom Normadressaten enthalten. Auf verschiedene Unterschiede der Zitelmannschen Lehren von der hier vorgetragenen, die auf Verschiedenheiten hinsichtlich des zugrunde gelegten Rechtsbegriffes zurückgehen, kann ich hier nicht näher eingehen. Diese sind namentlich durch meine Auffassung über illegitime Rechtsentstehung, über das Verhältnis des Rechtsmachtswillens zum Begriffe des Staatswillens und über das Völkerrecht bedingt. — Schon Austin lehrte (*Lectures*, I[5], S. 283): „The person or persons invested with the right may be a member or members, sovereign or subject, of another society political and independent".

besondere Rechtsinhalt, daß wir nach unserem heutigen Rechte hinter jeder Äußerung der Rechtsmacht das *den Untertanen* geleistete Generalversprechen zu finden gewohnt sind, daß die Rechtsmacht die gegebenen Versprechen halten werde. Nur indem solcher Art das an Nichtuntergebene gerichtete Versprechen zugleich ein den Untertanen gegebenes mitenthält, wird es zu einer Rechtsnorm.

Diese Gedankengänge sind gewöhnlich in der Jurisprudenz infolge der Imperativtheorie arg vernachlässigt. Selbst wo die Versprechensnatur eines Teiles der Rechtsnormen erkannt worden ist, fehlt es gewöhnlich an einer Durchführung dieses Gedankens.[1])

Von dem Gesichtspunkte aus, daß Rechtspflichten nur Untergebene, Rechtsbegünstigungen hingegen auch Nichtuntergebene haben können, zeigt es sich wieder, daß die Be-

---

[1]) Von dieser Auffassung ausgehend könnte man vielleicht auf den Gedanken kommen, nunmehr doch auch die seitens einer Rechtsmacht fremden Staaten geleisteten Versprechen als Rechtsnormen aufzufassen. Auf diesem Umwege über das den eigenen Untertanen geleistete Versprechen könnte man sodann zu der Rechtsnatur der sogen. Völkerrechtsnormen gelangen. Dabei würde man jedoch übersehen, daß dann nicht die aus einem Übereinkommen von Rechtsmächten hervorgehende Norm als Völkerrechtsnorm angesehen werden würde, sondern die einzelnen Versprechen der Rechtsmächte, die das Übereinkommen zustande gebracht haben. Jeder Völkerrechtssatz wäre dieser Auffassung gemäß auf einen Staatsvertrag zurückgeführt, jeder Staatsvertrag aber auf einen innerstaatlichen Rechtssatz (auf das den Untertanen gegebene Versprechen, Verträge zu halten). Die völkerrechtliche Verpflichtung zerflösse demnach in innerstaatliche Verpflichtungen der Kontrahenten. Der internationale Rechtsbruch stünde dem illegitimen Staatsakt gleich. Es gäbe also dieser Auffassung nach erst recht kein Völkerrecht, sondern nur staatliches Recht. Siehe darüber oben § 53.

Diese Auffassung würde aber auch den Tatsachen des sogen. Völkerrechts nicht gerecht werden, das wie wir gesehen haben, durchaus nicht bloß aus Vertrags-, sondern auch aus andern Machtnormen besteht. Wenn auch das sogen. Völkerrecht kein System von Rechtsnormen ist, so ist es doch anderseits wiederum mehr als ein System auf verschiedenen staatlichen Rechtsnormen beruhender Verträge. Es gibt eine überstaatliche Macht, wenn auch keine überstaatliche Rechtsmacht. Es gibt also ein System internationaler Normen, das weder als ein System von Rcehtsnormen noch als ein System von Staatsnormen aufzufassen ist.

günstigung nur ein Korrelat der Verpflichtung, nur eine sekundäre Beziehung der Rechtsnorm ist. Es erhellt von hier aus wiederum, daß der Begriff des Rechts auf die Verpflichtung gestellt ist, und daß der Begünstigungsadressat nur ein Adressat im sekundären Sinn ist. Denn die Summe der Pflichtadressaten macht die Summe der Untergebenen und zieht somit die Grenzen des Kreises, innerhalb dessen eine Norm eine Rechtsnorm ist. Die etwaigen Begünstigungen Nichtuntergebener können nur von dieser Grundlage aus über die Grenzen dieses Kreises hinüberstrahlen.

Der Kreis der *möglichen* Normadressaten einer Rechtsmacht ist somit durch den Kreis ihrer Untergebenen, d. h. durch die Mitglieder der Gesellschaft gezogen, die durch das gewöhnliche Befolgen der Normen jener Rechtsmacht zustandekommt, oder mit andern Worten innerhalb deren die betreffende Rechtsmacht ihre Normen „gewöhnlich" durchsetzt. Damit ist auch gesagt, daß sämtliche Untergebenen auch Rechtsnormadressaten sind. Irgendwelche Rechtsnormen müssen an sie gerichtet sein. Es folgt daraus jedoch keineswegs, daß sämtliche Rechtsnormen an sämtliche Adressaten gerichtet sein müßten.

Welche nunmehr die tatsächlichen Adressaten einer gegebenen einzelnen Rechtsnorm innerhalb des Kreises dieser möglichen Adressaten sind, ist eine Tatsachenfrage. Diesbezüglich unterliegt die Rechtsmacht keiner weitern Beschränkung und kann ihre Normen richten an wen sie will. Der Adressat oder die Adressaten einer Rechtsnorm sind diejenigen Untergebenen, an die sich die betreffende Rechtsnorm wendet.[1])

Damit findet auch die neuerdings viel behandelte Frage ihre Erledigung, ob die Adressaten der Rechtsnormen die Unter-

---

[1]) Vgl. Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, S. 198: „Die wichtige Frage: An wen richtet der Gesetzgeber die Normen? ist eine Frage, die weder aus dem Gesetze heraus, noch auch durch die historische und empirische Betrachtung beantwortet werden kann. Die Adresse der Normen liegt vielmehr im Begriffe der Norm beschlossen". Die *mögliche* Adresse wohl, die tatsächliche Adresse hingegen einer *einzelnen* Rechtsnorm *innerhalb* des Kreises ihrer möglichen Adressen ist nur „aus dem Gesetze heraus" zu beantworten.

gebenen schlechthin oder bloß diejenigen sein können, die Organe der Rechtsmacht sind.

Der Rechtssatz kann sowohl an Organe wie an andere Untergebene gerichtet sein. Und zwar kann der eine Rechtssatz an Organe (an diese oder an jene oder an sämtliche), der andere hinwieder an Untergebene gerichtet sein, die keine Organe sind, oder es kann derselbe Rechtssatz sowohl Organe wie andere Untergebene zu Adressaten haben. Der Rechtssatz: „wer einen Mord verübt, erleidet Todesstrafe", bedeutet sowohl einen Imperativ an die Richter, im gegebenen Falle die Todesstrafe zu verhängen, wie ein an die Untergebenen im allgemeinen gerichtetes Verbot des Mordes.[1] [2]

---

[1]) Dem Wesen nach ähnlich Jhering, *Zweck im Recht*, I[4], S. 258 ff. Nur meint er, die Rechtsnormen seien primär immer an die Behörden gerichtet, und nur sekundär könnten sie sich außerdem noch den Privaten zukehren oder nicht (S. 263). „Eine (Rechts-) Norm, die nur an die Privatperson, nicht an die Behörde gerichtet wäre, ist ein Unding — es ist das absolute Kriterium eines jeden Rechtssatzes, daß in letzter Instanz stets eine Behörde hinter ihm steht, die ihn nötigenfalls erzwingt" (S. 273). Es ist dieser Teil der Jheringschen Theorie also nur durch seine Stellungnahme zu den leges imperfectae bedingt. — Unrichtig ist es ferner, wenn Jhering die begriffsentwickelnden Rechtssätze als ausschließlich an den Richter gerichtete auffaßt (S. 260). Es ist irrtümlich, wenn es Binder (*Rechtsbegriff und Rechtsidee*, S. 188, Anm. 29; vgl. auch *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, S. 21 ff.) als den Jheringschen Standpunkt bezeichnet, daß Normadressat nicht der Untertan, sondern die Behörde sei. Nach M. E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903, S. 4 sind „die Organe des Staates, die berufen sind, die Gesetze zu handhaben, die einzigen Adressaten der Befehle, die das Gesetz gibt". Nach Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., S. 359) sind *alle* Rechtsnormen auch an sämtliche Untertanen gerichtet, indem sie die Zusicherung ihrer Durchführung enthalten. Allerdings stellt er diese Behauptung nur für den Rechtsstaat, somit nicht als Voraussetzungs-, sondern als Rechtsinhaltslehre auf. Im Sinne des im Texte ausgeführten Standpunktes entscheidet die Frage Stammler, *Theorie*, S. 211—212: „Man hat wohl untersucht, wer eigentlich von einem Rechtsgebote angeredet werde: ob das Volk oder der Staat, ob die Untertanen oder die Beamten. usf. *Das sind technische Betrachtungen des Sinnes von einzelnem rechtlichen Wollen. Sie lassen sich nicht allgemeingültig erledigen*".

[2]) Es ist auch darüber gestritten worden, ob die Rechtssätze, die der Richter anzuwenden hat, an ihn gerichtet sind, oder nicht. Ein Streit darüber ist nur möglich, solange man an der äußern grammatischen

Das Problem des Normadressaten ist bereits durch die Stellungnahme über die logische Form des Rechtssatzes mitentschieden. Die folgerichtige Durchführung der Auffassung der Rechtsnorm als eines bedingten Urteiles, falls unter einem solchen ein Aussagesatz verstanden werden soll, läßt die Annahme irgendwelcher Adressaten überhaupt nicht zu. Ein Aussagesatz hat einfach den Geltungsanspruch, wahr zu sein; ist also seinem Sinne nach überhaupt nicht an be-

Form hängen bleibt, die ja nichts weiter als ein Zeichen für die damit gesetzte Bedeutung ist. Kommt man jedoch einmal zur Erkenntnis, daß ein Rechtssatz immer eine Norm ist, und entnimmt man dem Satze im grammatischen Sinne, der im Gesetze steht, und der nichts weiter als die Schale der Normenkerne ist, die in ihm enthaltenen Befehle und Versprechen, so ist damit die Frage auch schon entschieden. Sie ist eben keine Voraussetzungsfrage und darf nicht als solche behandelt werden, sondern sie ist eine bloße Interpretationsfrage. Unterscheiden wir derart die grammatische äußere Hülle und ihren Normenkern, so verliert auch die Unterscheidung zwischen „Befolgen" und „Anwenden" *eines* Rechtssatzes die besondere Wichtigkeit, die man ihr irrtümlich beigelegt hat. Solange man an der äußern grammatischen Form eines Rechtssatzes haften bleibt, kann man dieser Unterscheidung eines „Befolgens" und eines „Anwendens" dieses selbigen Rechtssatzes irgendwelchen Geschmack abgewinnen und sagen: der Richter hat als solcher das Gesetz wider den Mord nicht zu befolgen, sondern anzuwenden. Wendet er es nicht an, so verletzt er nicht das anzuwendende Gesetz, sondern dasjenige, das ihm diese Anwendung zur Pflicht macht. Er verletzt, wie Binding, *Normen*, I², S. 15 und sich ihm anschließend Kelsen, *Hauptprobleme*, S. 389 sich ausdrückt, „immer ein und dieselbe Pflicht: seinen Urteilen das geltende Recht zugrunde zu legen". Sobald wir jedoch aus der äußern Hülle des grammatischen Satzes die in ihm enthaltenen Rechtssätze herausschälen, ist aber auch das ganze Problem behoben und der Gegensatz von Befolgen und Anwenden in dem hier angeführten Sinne verschwunden. Der Richter hat nur einen Satz anzuwenden, den er durch eben diese Anwendung zu befolgen hat. Den Rechtssatz: mordet nicht, kann er als Richter nicht „anwenden". anzuwenden hat er den Satz: „verurteile den Mörder usw." Ob ich nun aus diesen verschiedenen einzelnen Richterpflichten die allgemeine Richterpflicht der Anwendung des geltenden Rechts konstruiere, ändert an der Sache nichts. Der Unterschied ist ja nur einer des grammatischen Ausdruckes: Ob ich sage: verurteile den Mörder zum Tode, den Dieb zu Gefängnis, usw. — oder ob ich sage: urteile nach folgenden Sätzen: wer mordet, erhält Todesstrafe, wer stiehlt, Gefängnis, usw. — ist nur ein Unterschied der angewandten Sprachzeichen, nicht einer der damit ausgedrückten Bedeutung.

stimmte Adressaten gerichtet. Wem ich einen Aussagesatz *mitteile*, ist für seine logische Bedeutung ganz Nebensache. Wenn ich sage „es regnet“, so ist das ein Satz ohne Adressaten und seiner logischen Bedeutung nach ganz unabhängig von der Frage, wer ihn vernimmt oder an wen ich diese Aussage gerichtet habe. Dasselbe gilt aber auch über Aussagesätze, die die Existenz eines Willens des Aussagenden (von bestimmtem Inhalt) konstatieren. Der Satz: „morgen werde ich spazieren gehen“ — oder in hypothetischer Form: „wenn es nicht regnet, werde ich morgen spazieren gehen“ bekundet *als hypothetisches Urteil* nichts weiter, als die Existenz meines diesbezüglichen Willens. In bezug auf diesen Sinn ist es Nebensache und gehört gar nicht mehr zur Bedeutung des Satzes, ob ich ihn an A oder an B *oder überhaupt an irgend jemanden* richte. Natürlich gilt dies nur für einen Aussagesatz im logischen Sinne des Wortes, nicht aber für jeden Satz, der *bloß* in die gewöhnliche grammatische Form eines hypothetischen Aussagesatzes gekleidet ist, jedoch seiner logischen Bedeutung nach gar nicht auf die Feststellung eines Seins, sondern auf ein Sollen, auf eine Bestimmung gerichtet ist und der im Falle des angeführten Beispiels entweder die logische Bedeutung eines „Vorsatzes“ oder die eines Versprechens haben kann. Den bloßen Vorsatz können wir hier außer acht lassen. Ein Versprechen muß jedoch unbedingt einen Adressaten, denjenigen, an den das Versprechen gerichtet ist oder dem es *gegeben* ist, haben. Man kann nur *jemandem* etwas versprechen. Und gerade so fordert auch jeder Befehl logisch einen Dativ, mag er sich auch in die grammatische Form eines hypothetischen Aussagesatzes kleiden.

Während also ein Aussagesatz keinen Adressaten braucht, gehört ein solcher zum unerläßlichen logischen Gehalt eines Bestimmungssatzes. Ein Vorsatz, ein Versprechen, ein Befehl sind aber Bestimmungssätze.

Während der Aussagesatz: „es regnet“ oder: „wenn morgen gutes Wetter ist, werde ich spazieren gehen“ immer derselbe bleibt, an wen immer ich ihn richte, gehört die Bestimmung des Adressaten dermaßen zum besondern Inhalt eines Sollenssatzes, daß es, je nachdem er an den oder jenen gerichtet ist, immer ein anderer Satz ist.

Wollen wir denjenigen, an den ein Aussagesatz etwa gerichtet ist, dem er mitgeteilt wird, ebenfalls als Adressaten (als Mitteilungsadressaten) bezeichnen, so ist er jedenfalls Adressat in einer ganz andern Bedeutung des Wortes als der Adressat eines Befehles oder Versprechens, überhaupt als der Bestimmungsadressat. Während der Mitteilungsadressat nicht zum Inhalt des Aussagesatzes gehört, außerhalb desselben steht, der fertige und in sich abgeschlossene Satz ihm nur mitgeteilt wird, bedeutet der Bestimmungsadressat einen Bestandteil des Bestimmungssatzes.

Dadurch ist es auch noch von dieser Seite her erwiesen, daß die Frage, wer der Adressat eines einzelnen Rechtssatzes ist, immer nur aus dem Inhalte des betreffenden Rechtssatzes selbst beantwortet werden kann, denn die Bestimmung des Adressaten eines Befehles oder eines Versprechens gehört bereits zum Inhalte dieser Sätze.

Es kann folglich hinsichtlich der Adressaten von Rechtssätzen nur auf die *Grenze* hingewiesen werden, außerhalb der sich die *Rechts*adressaten nicht befinden können, weil es außerhalb dieser Grenze keine *Rechts*norm geben kann. Ein *Rechts*satz kann nicht an wen immer in dieser weiten Welt gerichtet sein. Bestimmt ein Befehl oder ein Versprechen seinen Adessaten außerhalb des also gezogenen Kreises, so ist es eben kein Rechtsbefehl oder kein Rechtsversprechen mehr, sondern gehört einer anderen Normgattung an. Innerhalb dieses Kreises ist jedoch ausschließlich der Inhalt des Rechtssatzes dafür maßgebend, wer sein Adressat sei.[1])

---

[1]) Die Theorie, die die logische Form des Rechtssatzes als hypothetisches Urteil im Sinne von Aussagesatz auffaßt, kann demnach folgerichtig gar nicht zu irgend welchen Adressaten des Rechtssatzes gelangen. Wenn daher Kelsen, a. a. O., S. 379, 395 lehrt, daß der Rechtssatz keinerlei Adresse, an die er gerichtet sei, bedürfe, und daß eine Frage nach der Adresse des Rechtssatzes unmöglich sei, so macht sich wieder die verwirrende Mehrdeutigkeit des Wortes Urteil geltend. Denn wenn Urteil nicht Aussagesatz, sondern Bestimmungssatz oder Norm bedeuten soll, so muß es einen Adressaten haben. Eine Norm ohne Adressaten kann es nicht geben. Nur ist damit für Kelsen nicht auch zugleich die Frage ausgeschlossen: „Wer wird durch den Rechtssatz verpflichtet?“ Er beantwortet sie dahin: „Jeder Rechtssatz verpflichtet den Staat; ge-

wisse Rechtssätze — nämlich die, welche den staatlichen Willen zu einer Unrechtsfolge beinhalten — auch die übrigen Rechtssubjekte, innerhalb welcher zu unterscheiden sind die Staatsorgane und die Untertanen".

Darin liegen aber bedeutende Unklarheiten. Zunächst ist es unverständlich, wie aus einem hypothetischen Urteil, also aus einem Satz mit Wahrheitsanspruch, irgendwelche Pflichten hervorgehen könnten. Wenn das Subjekt eines Urteils auch ein Wille ist, so ist trotzdem nicht zu verstehen, wie aus der Konstatierung oder „Beinhaltung" eines Willens, sowohl für das Subjekt dieses Willens, wie für jemand andern, dessen Verhalten als Bedingung des Eintretens dieses (für ihn nachteiligen) Willens angegeben ist, Pflichten entspringen sollten.

Kelsen scheint es mit der logischen Form doch nicht so ernst zu nehmen und sie mit der grammatischen Form zu verwechseln, was auch schon daraus hervorgeht, daß er den Rechtssatz auch wiederum als Norm bezeichnet und behauptet, daß „normieren und verpflichten eins sind" (a. a. O., S. 329), und die Soll-Bedeutung der Norm in Gegensatz zur Seins-Kategorie bringt (S. 9 ff., bes. S. 14). Er spricht auch immer von einem „Statuieren", also von einem Setzen eines Willens des Staates zu eigenem Verhalten. Nun kann aber ein hypothetisches Urteil nicht einen Willen als einen zu befolgenden setzen oder statuieren, sondern nur konstatieren; statuieren und verpflichten kann nur ein (eventuell hypothetischer) Bestimmungssatz (Norm). Ein solcher muß aber einen Adressaten haben!

Dazu kommt noch die eigenartige Theorie Kelsens von dem „Anwenden" der Rechtsnorm (a. a. O., S. 15 ff., 35) und seine damit zusammenhängende eigenartige Lehre von der Rechtspflicht, die bloß die „Anwendbarkeit" einer Rechtsnorm auf ein Subjekt bedeuten soll; unter Anwendbarkeit sei aber nichts weiter zu verstehen, als daß über dieses Subjekt die im Rechtssatz angedeuteten Nachteile verhängt werden können, falls der Betreffende die ebenfalls dort ausgesprochenen Bedingungen setzt. Vgl. auch S. 348. Nach dieser Terminologie würde sich aus dem heteronomen Befehl: „jedermann weiche mir aus" keinerlei Pflicht ableiten lassen; hingegen der Satz: „wer mir nicht ausweicht, den schieße ich nieder", trotzdem er als hypothetisches Urteil an niemanden gerichtet ist, würde sowohl mich wie auch jedermann verpflichten.

Jedenfalls weicht dieser Gebrauch des Wortes Pflicht von jeder üblichen Bedeutung dieses Wortes durchaus ab.

Die Kelsensche Lehre von der logischen Form des Rechtssatzes führt mit der damit verbundenen Verwerfung des Begriffes eines Adressaten der Rechtsnorm zu unhaltbaren Folgen.

Da die Lehre von dem Adressaten der Rechtsnorm ganz und gar durch die jeweilige Auffassung der logischen Form des Rechtssatzes bestimmt ist, ist es nicht notwendig, auf die verschiedenen Theorien über die Normadressaten besonders einzugehen. Sie sind einfach die Folgen der verschiedenen Ansichten über die logische Form des Rechtssatzes,

§ 140. Der Normadressat und die ignorantia juris.

Daß die Eigenart eines Befehls- oder eines Versprechenssatzes durch die logische Eigenart der Setzung, also ebenso durch die Besonderheit seines Geltungsanspruches zustandekommt wie der Aussagesatz durch den Wahrheitsanspruch, hat sich schon bei der Untersuchung des Befehls- und des Versprechensbegriffes ergeben. Der Befehl und das Versprechen werden durch das Setzen fertiggestellt. Sie müssen zwar an irgendwen gerichtet sein, bedürfen aber keinerlei Mitwirkung des Betreffenden. Sie sind ihrer logischen Bedeutung nach wohl adressatsbedürftig, jedoch nicht seitens des Adressaten empfangsbedürftig. Ein Befehl beginnt nicht erst in dem Augenblicke Befehl zu sein, als er vom Adressaten vernommen wurde. Er ist bereits durch seinen Geltungsanspruch, befolgt zu werden, zustandegekommen. Allerdings bedarf er seinem Sinne nach einer Äußerung, und darin liegt eine Vernehmungsmöglichkeit, damit ist aber der Befehl auch fertig da. Ob der Adressat den Befehl nun auch tatsächlich vernommen oder aufgenommen hat, ist für seinen Begriff nicht mehr von Bedeutung.

Dafür zu sorgen, daß der Befehl auch tatsächlich vom Adressaten vernommen werde, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit, seine Geltung an diese Bedingung zu knüpfen, kann unter Umständen zu einer Forderung der Gerechtigkeit werden; aber da ist er einmal ganz unabhängig davon, ob er den Adressaten tatsächlich erreicht hat oder nicht.

In bezug auf den Rechtsbefehl ist die Frage seiner „Vernehmungsbedürftigkeit" also entweder eine rechtspolitische, (eine Zweckmäßigkeits- oder eine Gerechtigkeitsfrage), also eine Richtigkeitsfrage, oder es ist die Frage, ob diese Bedingung gesetzt ist oder nicht, eine Rechtsinhaltsfrage; aber nimmermehr kann von einer logisch-begrifflichen Vernehmungsbedürftigkeit des Rechtsbefehles als von einer allgemeingültigen Wesensbestimmung die Rede sein. Mithin ist auch die

die mit diesen Ansichten stehen oder fallen. Vgl. zur Kritik der diesbezüglichen Theorien Jherings, M. E. Mayers und Bindings: Kelsen, a. a. O. S. 378—395. Siehe auch H. Maier, *Psychologie des emotionalen Denkens*, S. 715—719.

Frage, wer Adressat der Rechtsnorm sei, von solchen Erwägungen gänzlich unabhängig.

Wollte man den Begriff des Befehles, von einer derartigen logischen Vernehmungsbedürftigkeit desselben ausgehend, wirklich an die Tatsache seines Vernommenseins knüpfen, so müßte man folgerichtig vom bloß äußerlichen Vernehmen zum innerlichen Verstehen gelangen. Denn auf ein bloßes *physisches* Vernehmen kann es dabei doch sicherlich nicht ankommen. Der Umstand, daß die Schall- oder Lichtwellen, die durch den Ausdruck eines Befehles verursacht worden sind, das Ohr oder das Auge des Adressaten erreicht haben, kann doch für die logische Eigenart des dadurch Ausgedrückten nicht von Belang sein. Will man diesen Weg überhaupt einschlagen, so muß man ihn schon weiter verfolgen und mit dem Empfangen ein psychisches Aufnehmen seitens des Adressaten meinen, und man könnte folgerichtig nicht vor der Folgerung stehen bleiben, daß ein tatsächliches, seinem Sinne nach durchaus richtiges Verstandenwordensein seitens des Adressaten mit zu den Begriffselementen des Befehles gehört. Ein mißverstandener Befehl wäre demnach überhaupt keiner. Ob ein Befehl vorliegt oder nicht, könnte aber danach immer erst a posteriori festgestellt werden. War der Adressat zerstreut oder müde, oder hat er den Befehl aus sonst irgendwelchen Ursachen nicht richtig verstanden, so war es gar kein Befehl. Wollte man vielleicht nicht so weit gehen und zwischen einem schuldlosen und nichtschuldlosen Mißverständnis oder zwischen ebensolchen Arten von Unkenntnis unterscheiden, so hätte man damit den eingenommenen logisch-begrifflichen Standpunkt bereits aufgegeben. Es wäre damit schon zugestanden, daß ein tatsächlich gar nicht vernommener, oder ein zwar vernommener, aber mißverstandener Befehl davon ganz unabhängig ein Befehl ist. Das Eingehen auf die Schuldfrage wäre ja bereits eine Beurteilung nach ethischen Normen, mithin eine Frage für sich, keine logisch-begriffliche mehr.

Auch wenn man etwa einen Durchschnittsmaßstab anlegen und sich darauf zurückziehen wollte, ob die objektive Norm — unabhängig davon, wie sie der Adressat gegebenen-

falls verstanden habe — überhaupt nach dem konventionalen Ausdrucksgebrauch als verständlich zu betrachten sei, — wäre man von der Schuldfrage noch immer nicht losgekommen. Man muß also bis auf die objektive Bedeutung, den logischen Sinn der Norm zurückgehen, ist aber damit von dem Maßstab der Vernehmungsbedürftigkeit auch wieder abgekommen.

Stellen wir uns einmal nach dem hier Ausgeführten auf den Standpunkt, daß für die Bestimmung des Kreises der Adressaten einer Rechtsnorm nur die Bestimmungen der betreffenden Rechtsnorm selbst, also ausschließlich positivrechtliche Bestimmungen maßgebend sein können, so ist damit sowohl die Frage entschieden, ob die Kenntnis der Norm zur Begründung der Rechtspflicht notwendig ist, wie auch die Frage, ob sonstige ethisch unverschuldete Hindernisse des Verstehens der Norm die Rechtspflicht ausschließen. Kann die Norm Bezug haben auf jemanden, der sie nicht vernehmen konnte, so kann sie auch Bezug haben auf Kinder, Wahnsinnige oder sonstige moralisch Uuzurechnungsfähige. Ob sich aber eine Rechtsnorm auch an solche Adressaten richtet, ist ebenso ganz Tatsachenfrage wie die Frage, welche Folgen die Nichtbefolgung der Norm seitens solcher Adressaten nach sich zieht.[1])

Die Lehre, daß nur der Empfangsfähige Rechtsnormadressat sein könne, ist also ebenso zurückzuweisen wie die ihr zugrunde liegende Lehre von der Empfangsbedürftigkeit des Rechtsbefehles.

Der Kreis der möglichen Rechtsnormadressaten besteht in der Gesamtheit derjenigen, durch deren Befolgung die betreffenden Normen zu rechtlichen geworden sind. Dieser „Befolgen" bedeutet eben — wie wir wissen — gar nichts andres als das „gewöhnliche" Durchsetzen oder Verwirklichen der Norm. Die Art und Weise dieser Verwirklichung kommt dabei nicht in Betracht. Die freie Befolgung gehört ebensogut dazu wie die zwangsweise. Eben weil erstens nur

---

[1]) Vgl. Austin, *Lectures,* I[5], S. 484: „According to the Roman Law, there are certain classes of persons, quibus permissum est jus ignorare. Such are women, soldiers, and persons who have not reached the age of twenty-five".

eine gewöhnliche Befolgung zum Begriff des Rechts gehört, und zweitens weil bereits eben deshalb Befolgung aller Art dazu gehört, geht es nicht an, aus dem Begriffe des Rechts heraus seine Geltung bloß auf Erwachsene oder Zurechnungsfähige oder auf sonstige ähnliche Arten von Untergebenen zu beschränken.

Jedenfalls gehört zum Begriff des Befolgens oder von der anderen Seite her, des Durchsetzens der Normen das Vorhandensein Erwachsener und Zurechnungsfähiger, da das Durchsetzen den Unmündigen und Unzurechnungsfähigen gegenüber auf dem Befolgen der Erwachsenen und Zurechnungsfähigen beruht. Daraus folgt aber nur, daß es einen Staat von Säuglingen oder *nur* Unzurechnungsfähigen nicht geben kann, nicht aber, daß sich Rechtsnormen nicht *auch* an Unzurechnungsfähige wenden können. Der Rechtsbegriff fordert also jedenfalls das Vorhandensein von Zurechnungsfähigen im Kreise der Untergebenen, darüber kann es keinen Streit geben; aber er schließt das Vorhandensein von Unzurechnungsfähigen im Kreise der Adressaten nicht aus. Ein solcher Ausschluß kann nicht grundbegrifflich, sondern nur rechtsinhaltlich gegeben sein, denn das Recht kann sich zwar, muß sich aber nicht auch an die Unzurechnungsfähigen wenden.

Die hier widerlegte Lehre geht in ihren wesentlichen Punkten auf Kloeppel[1]) zurück. Bereits er weist die Lehre, daß sich das Gesetz mit seinen Vorschriften an die Untertanen wende, als eine nicht nur mit unabweislichen Tatsachen des Rechtslebens unvereinbare, sondern auch als eine „in sich unmögliche“ zurück. Diese Lehre hätte nach Kloeppel die Voraussetzung, daß die Rechtsvorschriften dem Einzelnen bekannt werden. „Aber die alltägliche Erfahrung lehrt, daß selbst von den gebildeten Nichtjuristen nur der allerkleinste Teil mit den geltenden Gesetzen eine mehr als ganz oberflächliche Bekanntschaft hat.“ Selbst dem redlichsten Bemühen, aus den Gesetzen die Vorschriften für sein Verhalten zu entnehmen, könnte dies „bei dem Zustande unserer Gesetzgebungen“ nicht annähernd gelingen. „Angesichts dieser Tat-

---

[1]) Kloeppel, *Gesetz und Obrigkeit.* 1891.

sachen des wirklichen Rechtszustandes läßt sich die Meinung, daß der Inhalt des Gesetzes als Befehl des Gesetzgebers für den Einzelnen bindend werde, mit wissenschaftlichen Gründen nicht aufrecht halten, die denn auch nirgends zu finden sind.[1])"

Eingehender und nachdrücklicher ist die Lehre von M. E. Mayer[2]) entwickelt worden. Auch er will aus der Tatsache, daß das Volk die Rechtssätze tatsächlich nicht kennt, und daraus, daß sie auch nicht volkstümlich abgefaßt sind, den Schluß ziehen, daß sich das Gesetz gar nicht an das Volk wende.[3]) Allerdings stellt Mayer diese Behauptung nur für die *Gesetze* unserer Rechtsordnungen auf, während sich die konkreten Rechtsbefehle, z. B. der Richterspruch, auch nach seiner Auffassung auch an die Untertanen richten.[4])

Auch die Behauptung Mayers: „Kein vernünftiger Mensch legt einem Befehl verbindliche Kraft bei, wenn es ihm bekannt ist, daß die Person, welcher der Befehl gilt, denselben nicht vernommen hat" — ist nicht stichhaltig. Gibt es doch offenkundig bestimmte Lebenslagen, — namentlich überall, wo ein Befehl an eine Mehrheit von Adressaten gerichtet ist, — in denen die verbindliche Kraft eines Befehls nicht von der Tatsache seines Vernommenseins abhängig gemacht zu werden pflegt. Ein Fabriksherr, der seine Befehle durch Anschlag bekanntzugeben pflegt, wird einen Befehl allenfalls auch einem Arbeiter gegenüber als verbindlich ansehen, der nachweisen kann, daß er ihn nicht gelesen hat.

---

[1]) A. a. O., S. 77—78.

[2]) M. E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903. Mayer scheint die Arbeit Kloeppels nicht gekannt zu haben, obwohl selbst ein Anklang an seine Theorie der Kulturnormen bei Kloeppel (a. a. O., S. 79) zu finden ist.

[3]) A. a. O., S. 6.

[4]) A. a. O., S. 44—45. Auch sieht er sich, um seine nur allzu widerspruchsvolle Lehre aufrecht erhalten zu können, zu der Ausflucht gedrängt, Normen, in denen von den Behörden Verhaltungsmaßregeln gesetzt werden, nicht als Rechtsnormen anzuerkennen, sondern sie als Kulturnormen zu bezeichnen. Die preußischen Kriegsartikel seien Kulturnormen, weil die Adressaten keine Behörden sind (S. 94—95). Auf diese Weise läßt sich allerdings leicht zeigen, daß die Adresse der Rechtsnormen nur die Behörde sei. Übrigens ist diese Anstrengung ganz unverständlich, da ja Mayer selbst zugibt (S. 17), daß es Rechtsnormen geben kann, denen eine Kulturnorm nicht entspricht.

Die ganze Fragestellung geht immer wieder darauf hinaus, ob und unter welchen Bedingungen es (ethisch!) gerechtfertigt werden kann, daß jemand auf Grund eines schuldlos nicht vernommenen oder schuldlos mißverstandenen Befehls hafte, nicht aber dahin, ob es nicht auch aus diesem ethischen Gesichtspunkte unrichtige Befehle geben könne, die also nichtdestoweniger Befehle bleiben und die wenn auch keine ethisch zu billigenden, so doch auf der rein heteronomen Grundlage, auf die sie sich stellen, verbindende Pflichten hervorzubringen vermögen.

Auf die Frage, inwiefern unsere Gesetze aus diesem Gesichtspunkte gerechtfertigt oder zu mißbilligen sind, soll in diesem Zusammenhange natürlich gar nichts geantwortet sein. Worauf es hier ankommt, ist bloß der Nachweis, daß die Frage nicht den Begriff des Rechts, sondern den seiner Richtigkeit angeht, daß mithin die Frage des Vernommen- oder Verstandenseins eines Befehls nicht in seine Begriffsbestimmung hineingetragen werden darf. Folglich kann auf dieser Grundlage weder die Lehre gefolgert werden, daß die Rechtsnormen, da sie bindend sind, keine Befehle sein können, noch die Lehre, daß sich die Rechtsbefehle nicht an die Untergebenen als ihre Adressaten wenden können.[1])

Neuerdings hat Hold v. Ferneck auf die Ausscheidung der untauglichen Befehlsempfänger aus der Reihe der möglichen Normadressaten großes Gewicht gelegt und versucht die Begründung dieser Auffassung daraus, daß nur die gewöhnlich befolgten Normen Rechtsnormen seien, diese sich demnach nur an Subjekte richten können, die imstande sind, sie zu befolgen. Es darf jedoch das Merkmal des gewöhnlichen Befolgens nur einmal für den Begriff des Rechts und zwar nur in der Weise verwendet werden, daß nur die Normen

[1]) Das Gesagte gilt auch für die Ausführungen Bindings, *Normen*, II², S. 134—145, der ebenfalls die Empfangsbedürftigkeit der Rechtsnormen lehrt und S. 147 über das Unheil klagt, das der römische Satz: ignorantia juris nocet, im Strafrecht angerichtet hat. Dieses angebliche „Unheil“ beweist aber doch nur, daß dieser Satz tatsächlich Geltung hatte, mithin auch, daß seine Geltung in den Bereich der Möglichkeiten gehört. Vgl. auch Binding, *Normen*, II², S. 171—172.

einer Macht, die sich die gewöhnliche Befolgung zu verschaffen weiß, Rechtsnormen sind. Man darf diese Konstruktion nicht für einzelne Fragen, die bereits eine Rechtsnorm voraussetzen, nochmals anwenden, wie es HOLD v. FERNECK immer wieder tut, denn damit wird der gewonnene Rechtsbegriff zerstört. Eben die generelle Natur des Rechts läßt es zu, daß eine an einen „untauglichen Befehlsempfänger" gerichtete Norm nichtsdestoweniger eine Rechtsnorm zu sein vermag. Damit ist allerdings erst entschieden, daß sowohl Geisteskranke wie Kinder usw. Normadressaten sein *können*. Ob nun insbesondere „Zurechnungs-", d. h. „Willensunfähige" im juristischen Sinne Pflichten haben können, ist eine Frage der Jurisprudenz, da wir ja nur auf dem Boden eines gegebenen Rechtsinhalts überhaupt zum Begriffe eines „juristisch" Willensunfähigen oder Unzurechnungsfähigen gelangen können.[1])

§ 141. Pflichtsubjekt, Rechtssubjekt, Person.

Da jede Rechtsnorm ihren Adressaten entweder Pflichten auferlegt oder Ansprüche (Rechte) zuerkennt, so bestehen die Adressaten entweder aus Pflichtsubjekten oder aus Rechtssubjekten. Dieselbe Norm kann auch verschiedene Adressaten haben, von denen die einen Pflichtsubjekte, die andern aber Rechtssubjekte sein können. Da diese Beziehungen durch die Begriffe der Rechtspflicht und des subjektiven Rechts gesetzt sind, ist allem Wesentlichen durch unsere Darlegungen über jene Begriffe vorgegriffen.

Die Beziehung des Pflichtsubjektes wird nicht immer hervorgehoben. Wie wir wissen, ist sie mit dem Begriff der Rechtsordnung aufs engste verknüpft. Es kann keine Rechtsordnung ohne Pflichtsubjekte geben, wogegen sich eine solche ohne Rechtssubjekte wenigstens denken ließe.

---

[1]) Siehe auch ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, Bd. I, S. 47—48; AMOS, *The Science of Law*, 8. Aufl., S. 82; GUTHERZ, *Studien zur Gesetzestechnik*, I, 1908, S. 59—64 und die dort zitierte Literatur; SCHWARZ, *Rechtssubjekt und Rechtszweck*, Arch. f. bürgerl. Recht, XXXII, 1908, S. 93—104.

Die Adressaten können ferner, wie bereits gezeigt wurde, aus Rechtssubjekten bestehen, die in bezug auf andere Rechtsnormen Pflichtsubjekte sind; sie können aber auch Rechtssubjekte sein, die nicht zugleich auch Pflichtsubjekte sind, da sich wohl die Gewährung, nicht aber die Verpflichtung über den Kreis der Untergebenen hinauserstrecken kann. Allerdings kann die einem Nichtuntergebenen zugedachte Rechtsgewährung nicht durch ein Versprechen der Rechtsmacht zustandekommen, weil ein an Nichtuntergebene gerichtetes Versprechen der Rechtsmacht keine Rechtsnorm wäre; ein solches wäre eine Norm, die ganz und gar aus dem Kreise, innerhalb dessen von einer Rechtsmacht die Rede ist, herausfiele. Es kann jedoch eine Rechtsgewährung auch Nichtuntergebenen seitens einer Rechtsmacht dadurch zugedacht sein, daß eine solche die Kehrseite von an Untergebene gerichteten Befehlen ist. In diesem Falle ist die Gewährungsnorm eine Rechtsnorm.

Die Rechtsmacht, die das Pflichtsubjekt der Versprechensnormen abgibt, ist in dem hier gebrauchten Sinne des Wortes nicht als Adressat der betreffenden Rechtsnormen bezeichnet. Adressaten der Versprechensnormen sind diejenigen Untergebenen, denen das Versprechen geleistet wird. Allerdings ist das eine bloß terminologische Frage, der weiter keine grundsätzliche Bedeutung zusteht. Wenn man will, steht nichts im Wege, auch die Rechtsmacht als Adressaten von (Versprechens-) Rechtsnormen zu betrachten. Diese Rechtsnormen hätten sodann zweierlei Arten von Adressaten, einmal das Pflichtsubjekt: die Rechtsmacht, und dann die Rechtssubjekte: die, denen seitens der Rechtsmacht ein Versprechen geleistet worden ist.

Normadressaten sind also alle diejenigen, denen eine Rechtsmacht Versprechen leistet oder an die sie Befehle erteilt; Untergebene aber alle diejenigen, durch deren „generelle“ Befolgung die Normen einer Macht zu rechtlichen werden. Rechtssubjekte alle diejenigen, denen die Rechtsmacht in den von ihr gesetzten Normen irgend etwas zuteil werden läßt. Es kann also Rechtssubjekte geben, die keine Untergebenen sind, und es kann Untergebene geben, die keine

Rechtssubjekte sind. Pflichtssubjekte hingegen sind alle diejenigen Untergebenen, denen die Rechtsmacht Befehle erteilt, und auch die Rechtsmacht selbst, falls sie Untergebenen Versprechen leistet.

Der Begriff des Normadressaten wird manchmal auch als Person bezeichnet. Person bedeutet also manchmal sowohl die Rechts- als auch die Pflichtsubjekte einer Rechtsordnung. Das andere Mal bedeutet aber Person bloß die Rechtssubjekte, nicht auch die Pflichtsubjekte. Ferner wird wiederum in abweichendem Gebrauch des Wortes oft auch die bloße Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben, also Normadressat zu sein, und hinwieder auch nur die Fähigkeit, (subjektive) Rechte zu haben, durch den Ausdruck Person bezeichnet.[1])

Um die Sache noch unübersichtlicher zu machen, wird auch der Ausdruck Rechtssubjekt nicht selten auch im weitern Sinne des Normadressaten, in dem er also sowohl die Rechtssubjekte im engern Sinn wie auch die Pflichtsubjekte mitumfaßt, gebraucht.[2])

Dabei ist schließlich auch noch darauf zu achten, daß es neben diesen juristischen Personbegriffen auch noch psychologische und ethische Bedeutungen des Wortes[3]) gibt, die sich mit jenen oft berühren und die mit dem Ichbegriff in Verwandtschaft stehen. So ist nach Wundt „die Einheit von Fühlen, Denken und Wollen, als deren Träger der Wille erscheint, die einzelne Persönlichkeit. Wie das Ich der Wille in seiner Sonderung von den einzelnen Bewußtseinsinhalten,

---

[1]) Vgl. u. a. Austin, *Lectures*, I[5], S. 348—353 und Anm. 33; Brinz. *Pandekten*, I[2], S. 172; Bierling, *Kritik*, II, S. 124; *Prinzipienlehre*, I, S. 202; Kelsen, *Hauptprobleme*, S. 515. Ganz unbrauchbar ist die Definition von Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich*, S. 146: „Im Gebiete des Rechts aber bezeichnet man selbständige Lebewesen als Person". Vgl. auch *ebenda* S. 152: „Person ist jeder Träger subjektiver Rechte" — sowie die daselbst Anm. 45 zitierte Literatur.

[2]) Vgl. Windscheid-Kipp, *Pandekten*, I[8], S. 187, Anm. 1 und die dort angeführte Literatur.

[3]) H. A. Fischer, *Rechtswidrigkeit*, S. 35—36; Löwenstein, *Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff*, 1915, S. 76.

so ist die Persönlichkeit das Ich, das sich mit der Mannigfaltigkeit dieses Inhalts wieder erfüllt hat".[1])

Sodann bedeutet dieser mehr psychologischen Auffassung gegenüber Person im ethischen Sinne auch wieder — so bei KANT[2]) — Selbstzweck, d. i. „etwas, das nicht bloß als Mittel gebraucht werden darf".[3])

Für unsere Zwecke wäre die Verwendung des Ausdruckes Person überflüssig, wenn wir nicht noch einiges über die besondere Art von Normadressaten zu sagen hätten, für die sich die Bezeichnung: juristische Person so eingebürgert hat, daß sie sich nicht gut umgehen läßt.

Da der Begriff eines Rechtssubjektes ebensowohl wie der Begriff eines subjektiven Rechts überhaupt kein Voraussetzungsbegriff ist, so kann er natürlich durch einen beliebigen Rechtsinhalt die verschiedensten Begrenzungen erfahren. Er kann z. B. ebensogut an den Begriff Mensch geknüpft sein, wie es anderseits möglich ist, daß besondere Kategorien von Menschen (z. B. die Sklaven) aus der Reihe der Rechtssubjekte durch irgend eine Rechtsordnung von vornherein ausgeschlossen werden. Ebensogut ist es aber auch möglich, daß Nichtmenschen von irgend einer Rechtsordnung zu Rechtssubjekten erhoben werden. Es gibt eben neben dem Rechtsinhaltsbegriff von Rechtssubjekt nach irgend einer zugrunde gelegten Rechtsordnung oder neben dem entsprechenden aus verschiedenen

---

[1]) WUNDT, *Ethik,* III[4], S. 23.

[2]) *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten,* WW, Akad.-Ausg., Bd. IV, S.428; *Metaphysik der Sittten,* WW, IV. S. 223: „Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind. Die *moralische* Persönlichkeit ist also nichts anderes als die Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen (die *psychologische* aber bloß das Vermögen, sich seiner selbst in den verschiedenen Zuständen der Identität seines Daseins bewußt zu werden), woraus dann folgt, daß eine Person keinen andern Gesetzen, als denen, die sie (entweder allein oder wenigstens zugleich mit anderen) sich selbt gibt, unterworfen ist".

[3]) Über verschiedene nicht-juristische Bedeutungen des Wortes siehe BERNATZIK, *Die juristische Persönlichkeit der Behörden,* Arch. f. öff. Recht, V, S. 21—23; hauptsächlich aber EISLER, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe,* II[3], S. 989—993; vgl. auch KELSEN, a. a. O., S. 83; REINACH, a.a.O., S.780ff. verwechselt den ethischen Personenbegriff mit dem juristischen.

Rechtsordnungen abstrahierten Allgemeinbegriff keinen Voraussetzungs- oder juristischen Grundbegriff von Rechtssubjekt.[1]

Anders gestaltet sich der Begriff des Pflichtsubjektes. Dieser ist ein juristischer Grundbegriff und umfaßt sämtliche Untergebene. Wenn sich neben diesem Grundbegriffe ein davon abweichender Rechtsinhaltsbegriff von Pflichtsubjekt vorfindet, so kann ein solcher der Notwendigkeit jenes Voraussetzungsbegriffes nichts anhaben. Eine Rechtsordnung mag zum Beispiel die Sklaven einfach als Sachen, d. h. weder als Rechtssubjekte noch als Rechtspflichtsubjekte zulassen, — da ihr Befolgen von Normen mit zu deren Rechtseigenschaft beiträgt, bleiben sie nichtsdestoweniger Pflichtsubjekte im

---

[1]) G. Schwarz behauptet in einer auch von unserem Gesichtspunkte aus sehr lehrreichen Untersuchung (*Rechtssubjekt und Rechtszweck,* Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 32, 1908, S. 12—139), der Begriff Rechtssubjekt sei überhaupt irreführend; die Frage, *wem* ein Recht *gehöre*, sei unrichtig gestellt. Ein Recht sei nicht durch eine Person, sondern durch einen Zweck zusammengehalten. „Ein Recht gehört dem A" bedeute so viel: „gewisse Gebote und Verbote sind im Interesse, zugunsten des A dienenden Zweckes erlassen." (S. 112.) „Jene Rechte, welche die Rechtsordnung in den Dienst *desselben* Zweckes stellt, bilden *einen* Rechtskreis: nämlich den Rechtskreis des betreffenden Zweckes." (S. 136.) Ein Recht bedeute zwar den Schutz eines Interesses, es braucht jedoch nicht notwendigerweise vom Interesse eines Menschen die Rede zu sein, es genügt das Interesse eines Zwecks. „Eine interessierte *Person* ist tatsächlich nicht bei jedem Interesse zu finden, ein *Interesse* jedoch ist immer vorhanden." (S. 132.

Unseren Gesichtspunkt berühren diese Ausführungen besonders dadurch, daß sie von der Erkenntnis getragen sind, wonach der Begriff des Rechtssubjektes ein bloßer Konstruktionsbegriff, nicht aber ein Begriff ist, der von jedem Rechtsinhalt und jeder Konstruktion eines solchen unabhängig wäre. Diese Auffassung gewinnt für uns auch noch dadurch an Interesse, daß sie Schwarz richtigerweise nicht auf den Begriff des Pflichtsubjekts ausdehnt, sondern diesen für unentbehrlich erachtet (a. a. O., S. 115—125).

Ob nun dieses von Schwarz vorgeschlagene Fallenlassen des Begriffs eines Rechtssubjektes eine gelungene Konstruktion ist, kann uns hier — eben weil es sich um die Konstruktion eines Rechtsinhalts handelt — nicht näher beschäftigen. Die Probe ihrer Richtigkeit könnte nur ihre Durchführung in allen Rechtsgebieten liefern. Schwierigkeiten dieser Lehre dürften sich etwa dadurch ergeben, daß einen Zweck schließlich auch diejenigen Rechtssätze haben, bei denen von der Begründung eines subjektiven Rechts nicht die Rede ist.

Voraussetzungssinne und können nicht zu Sachen werden. Sie gehören zu dem Kreise derjenigen, deren normgemäßes Verhalten zur Begründung der Rechtsmacht beiträgt.[1])

Selbst wenn nach einer bestimmten Rechtsordnung die Kreise der Rechts- und der Pflichtsubjektivität vollkommen zusammenfielen, also jedes Rechtssubjekt zugleich auch ein Pflichtsubjekt und umgekehrt jedes Pflichtsubjekt zugleich auch ein Rechtssubjekt wäre, so lägen in einem derart einheitlichen Begriffe des Normadressaten oder der Person nichtsdestoweniger zwei wesensverschiedene Bestandteile: ein zufälliger, der auch anders sein könnte, und ein denknotwendiger, der gar nicht anders sein kann, und eine juristische Erkenntnistheorie, die sich der Herkunft und Bedeutung ihrer Begriffe bewußt geworden ist, wird nicht umhin können, dieser Verschiedenheit gerecht zu werden: nämlich den einen Begriff auf das Wesen des Rechts, den anderen aber quellenmäßig auf den besondern Rechtsinhalt zurückzuführen.[2])

---

[1]) Vgl. Austin, *Lectures*, I[5], S. 348—349 und Anm. 33: „Slaves are ranked by Gaius (Institutionum Comment. Lib. I § 9, 48—52) amongst persons. If the enjoyment of rights be necessary to satisfy the term, a slave (in the earlier ages of Rome) was not a person, but a thing. If subjection to obligation suffices to constitute a person, a slave without right belongs to the class of persons".

[2]) Daß sämtliche dieser Bedeutungen nicht Dingbegriffe, sondern Relationsbegriffe angeben, ist in dem Voranstehenden stillschweigend mitinbegriffen. Rechtssubjekt sein heißt soviel, wie in einer bestimmten Beziehung stehen. Freilich weist der Relationsbegriff selbst auf den Dingbegriff zurück, da ja jede Relation mindestens zwei Wesenheiten voraussetzt, die in Relation stehen. Weshalb auch die Behauptung Binders, *Problem der juristischen Persönlichkeit,* 1907, S. 48, „daß es die Rechtsordnung überhaupt nie und nirgends mit Dingen — die menschlichen Lebewesen miteingerechnet — zu tun hat, sondern immer nur mit Relationen" — in dieser Ausdehnung und Formulierung nicht aufrecht erhalten werden kann. „Dinge als solche" — lehrt Binder — „interessieren das Recht nicht; und alles, was rechtlich von Bedeutung ist, besteht in der Beziehung von Menschen zu Menschen oder zu den Rechtsobjekten." Dasjenige, was durch ein solches in-Beziehung-gesetzt-Sein zu einem Rechtsobjekt (in diesem Sinne) wird, muß aber doch ein Ding sein, und somit muß der Dingbegriff natürlich doch seine gute Bedeutung für das Recht behalten. Dieser Einwand ist bereits von Wieland, *Die historische und die kritische Methode in der Rechtswissenschaft,* 1910, S. 40

§ 142. Die juristischen Personen.

Mit dem Begriffe des Rechts ist der der Normadressaten im Sinne von menschlichen Pflichtsubjekten notwendigerweise mitgesetzt. Der Begriff weiterer, anders gearteter Pflicht- oder gar auch Rechtssubjekte, die nicht Menschen wären, und die in der Jurisprudenz als „juristische Personen“ bezeichnet werden, läßt sich *aus dem Rechtsbegriffe* nicht ableiten. Während also der Begriff der natürlichen Person im Sinne von Menschen, die Pflichtsubjekte sind, zu den Voraussetzungen der Jurisprudenz gehört, bedeutet der Begriff der juristischen Person *keine solche Voraussetzung.*[1] Damit ist auch schon gesagt, daß dieser Begriff nur ein rechtsinhaltlicher sein kann, und damit ist auch der richtige Gesichtspunkt zur Bestimmung des Wesens und der Natur der juristischen Personen und ihres Verhältnisses zu den natürlichen gegeben. Damit es einen Rechtsinhalt, der gewisse nichtmenschliche Substrate zu Rechts- und Pflichtsubjekten macht, überhaupt geben könne, ist bereits der Begriff der menschlichen Normadressaten Voraussetzung, denn ohne diesen gibt es keine Rechtsnorm und keinen Rechtsinhalt. Ja, der ganze noch immer währende Streit über das Wesen der juristischen Personen ist in der Hauptsache wieder

---

erhoben worden. Dagegen macht Löwenstein, *Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff,* 1915, S. 88 ff. geltend, daß eine Relation nicht nur zwischen Dingen, sondern auch zwischen Relationen denkbar sei, wogegen an sich nichts eingewendet werden kann. Doch ist damit die Frage nur um eine Stufe zurückgestellt, da wir in der Zurückverfolgung solcher Relationen doch früher oder später zu solchen einfachen juristischen Relationen werden gelangen müssen, die nur mehr eine Relation von Dingen bedeuten. Vgl. dazu auch Löwenstein, a. a. O., S. 68 ff., der Binder folgt, und die dort zitierte Literatur.

[1] Ähnlich Bierling, *Prinzipienlehre,* I, S. 200. Namentlich, wenn wir uns dessen erinnern, daß sein Begriff der Norm-Anerkennung unserem Begriffe der Norm-Befolgung nahesteht. Vgl. auch Bierling, a. a. O., I, S. 222—223: „Der Begriff der juristischen Person ist in gewissem Grade ein historischer Begriff, der auf einer bestimmten inhaltlichen Entwicklung bestimmter positiver Rechte beruht, und demgemäß auch nur Verwendung zu finden hat, wo das positive Recht, wenn auch nicht mit vollem Bewußtsein, aber doch nach seiner tatsächlichen Gestaltung solche Verwendung angezeigt erscheinen läßt“.

nur auf den gewöhnlichen Mangel einer Unterscheidung von juristischen Voraussetzungsbegriffen und (allgemeineren oder spezielleren) rechtsinhaltlichen Begriffen zurückzuführen. Der Voraussetzungsstandpunkt kommt nämlich hier und da, ohne ausdrücklich als solcher erkannt und hervorgehoben zu werden, in den allgemeinen Untersuchungen der Jurisprudenz zum Durchbruch, und von diesem Standpunkte aus betrachtet ist unstreitbar diejenige Theorie der juristischen Person im Rechte, die eine Grundverschiedenheit dieser beiden Arten von Personen lehrt und die juristischen Personen als eine künstlich geschaffene Konstruktion der für alles Recht unerläßlichen Gegebenheit der natürlichen Personen gegenüberstellt. Es läßt diese Theorie die Tatsache hindurchscheinen, daß der Begriff der natürlichen Personen für gar kein Recht fehlen kann, während der Begriff der juristischen Personen durchaus nicht von gleicher Notwendigkeit ist, sondern ebensogut gesetzt sein wie auch fehlen kann.[1])

Natürlich ist dieser Standpunkt auch damit nicht klar zum Ausdruck gebracht, daß die juristischen Personen gar keine richtigen oder wirklichen, sondern nur gedachte oder juristisch konstruierte Personen seien.[2])

Der Unterschied liegt gar nicht in dieser Ebene, sondern in einer andern: in der Denknotwendigkeit des einen Begriffes für jedes Recht schlechthin im Gegensatz zur Zufälligkeit des anderen. Während der eine aus dem Rechtsnormbegriff folgt, kann der andere nur aus einem besondern Rechtsinhalt folgen.[3])

---

[1]) Es ist damit noch nicht gesagt, daß er irgendwann tatsächlich gefehlt hätte. Doch selbst, wenn er niemals gefehlt hätte, bewiese das nur die Universalität eines Rechtsinhalts. „Von jeher" — lehrt Kohler *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1902, S. 7 — „ist das Recht nicht nur das Recht der Einzelpersönlichkeiten gewesen." „Daraus ergibt sich, daß, was man juristische Personen nennt, also Gesamtheiten, die als Träger von Rechten in Betracht kommen und im Rechte handeln, von jeher existiert haben: sie sind nicht etwa eine überlegte Bildung klügelnden Nachforschens, sie sind eine naive Schöpfung des menschlichen Bedürfnisses, der menschlichen Lebensfreude und des geselligen Treibens."

[2]) Vgl. diesbezüglich die Ausführungen Berolzheimers, *System*, IV, S. 25ff. und die dort angeführte Literatur.

[3]) Daß die Benennungen *natürlich* und *juristisch* nicht gerade glücklich gewählt sind, ist schon oft bemerkt worden.

Will man jedoch die Gleichartigkeit der natürlichen und juristischen Personen bloß darin sehen, daß auch die sogen. natürlichen, ebensogut wie die „juristischen", erst durch das Recht zustande kommen, und behauptet man nur, daß sie folglich nicht natürlich im Sinne von vor-juristisch sein können, sondern ebenfalls erst Rechtsgebilde bedeuten, — so ist *dagegen* nichts einzuwenden. Es darf dabei nur der Unterschied nicht übersehen werden, daß die eine Art von Personen mit jedem Recht notwendig zustande kommen muß, während die andere nicht mit jedem Recht notwendig einhergeht.[1])

Jedenfalls gehen wieder die Theorien fehl, die die Gleichsetzung dieser beiden Arten von Personen darauf gründen möchten, daß sie auch die juristischen Personen als für jedes Recht unerläßlich hinstellen. So z. B. als eine „Denkotwendigkeit",[2]) oder als eine „gesellschaftliche Notwendigkeit", als eine Vorstellung, die „Allgemeingültigkeit" hat,[3]) oder als ein „natürliches, auf dem tiefen Zuge zur Persönlichkeit, welcher durch die Menschennatur hindurchgeht, beruhendes Gefühl".[4])

Das wahre Verhältnis dieser beiden Personenbegriffe wird auch durch die bereits öfters wiederholte Bemerkung zum Ausdruck gebracht, daß der Begriff der juristischen Person eigentlich eine Abkürzung bedeutet und dem Rechtssetzer und der Jurisprudenz eine umständliche Auseinandersetzung von verschiedenen Berechtigungen und Verpflichtungen erspart.[5])

---

[1]) Unklar bei Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*. 2. Aufl., S. 163.

[2]) Was Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, I², S. 197 mit Recht beanstandet.

[3]) Dernburg, *Pandekten*, I⁵, S. 140.

[4]) Windscheid, *Lehrb. d. Pandekten*, I⁸, S. 189.

[5]) Bereits Austin, *Lectures*, I⁵, S. 354 lehrte: „they are persons for *the sake of brevity in discourse*. All rights reside in, and all duties are incumbent upon, physical or natural persons. But by ascribing them to feigned persons and not to the physical persons whom they in truth concern, *we are frequently able to abridge our descriptions of them*". Und ähnlich heißt es bei Stammler, *Theorie*, S. 332: „Die Rechtsfähigkeit eines Vereines ist nur eine *Methode*, die Rechtsverhältnisse seiner Mitglieder untereinander und zu Dritten in gewissem Sinne einheitlich zu fassen. Diese Methode drückt sich in der *Formel* aus: Der Verein ist ein Rechtssubjekt. Das hat die Berechtigung, die jede Formel besitzt, deren eine wissenschaftliche Darstellung sich bedient. *Es ist eine ein-*

Alle hierher gehörigen Fälle lassen sich in eine Reihe von Rechtssätzen auflösen, die verschiedene Rechte und Pflichten einzelner Untergebener gegeneinander und gegen die Rechtsmacht setzen.

Vergegenwärtigen wir uns beispielshalber bloß den einfachen Fall der *hereditas jacens.* Wie groß wäre die Anzahl von Rechtsnormen, deren wir bedürften, um die Pflichten zu bezeichnen, die der zur Verwaltung der Erbschaft berufenen Person sowohl gegen die Rechtsmacht als gegen einzelne Untergebene obliegen; ferner, um die Pflichten auszudrücken, die die Untergebenen in bezug auf die in Frage stehenden Vermögensobjekte zu gewissem Verhalten verpflichten; sodann, um die Beziehungen der Person, der die Erbschaft später zukommt, zu allen den Genannten auszudrücken. Dies alles ließe sich auch ohne die Annahme eines Rechtssubjektes sagen. Aber wie umständlich und verwickelt wären solche Bestimmungen selbst in diesem einfachen Falle. Und wie relativ einfach gestaltet sich die Sache, wenn wir die Erbschaft ein Rechts- und Pflichtssubjekt sein lassen und dadurch die juristische Einheit, die für eine Menge Pflichten und Rechte im Verstorbenen gegeben war, mit seinem Tode nicht auflösen, sondern diese Gesamtheit von Pflichten und Rechten in der Übergangszeit zusammenhalten, um sie dann als noch immer dieselben auf den Erben übertragen zu können. Es ist dadurch auch ermöglicht, den ganzen Übergang im Gebiete des Privatrechts sich abspielen zu lassen, während wir ohne die Annahme

---

heitliche Zusammenfassung von vielen Gedanken, die *sonst schwer übersehbar* und jedenfalls kaum aussprechbar auseinander laufen würden". Vgl. auch Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit,* I, S. 217: „alle Rechtsbegriffe, in denen das Moment der Beziehung zwischen einzelnen Menschen nicht unmittelbar zum Ausdruck gelangt, (müssen) erst analysiert, zerlegt, auf Beziehungen zwischen Menschen reduziert werden". Und S. 259: „Die eine Rechtsbeziehung, von der man redet, wenn man von juristischer Person spricht, ist in ein ganzes Netz von Beziehungen zwischen einzelnen Menschen aufzulösen. (Gerade um diese Auflösung hat sich Gierke selbst mit dem größten Erfolge bemüht, indem er das Innenleben des Verbandes untersuchte.)" Siehe auch *ebenda* S. 260—262: „Formell zerfällt die Rechtssubjektivität sowohl als die Pflichtsubjektivität des Verbandes in eine Mehrheit von Pflichtsubjektivitäten". Hänel, *Deutsches Staatsrecht,* I, S. 105—107; Leonhard, *Der allgemeine Teil des BGB.* S. 103.

eines vom Menschen verschiedenen Rechts- und Pflichtssubjektes die privatrechtlichen Beziehungen untergehen lassen müßten und öffentlichrechtliche an ihre Stelle zu setzen hätten, um dann später wieder privatrechtliche ähnlichen Inhalts, wie sie in bezug auf den Erblasser bestanden haben, von neuem zu begründen.[1])

Man hat sich bemüht, für das Wesen des Rechtssubjektes eine Formel zu finden, die sowohl für die physischen Personen, die Rechtssubjekte sind, wie auch für die juristischen Personen gleichermaßen zutrifft, und man hat hierzu die Wendung: Träger eines Zweckes herangezogen. Da jedoch, wie bereits betont wurde, schon der Begriff eines Rechtssubjektes an und für sich ein bloß rechtsinhaltlicher sein kann, der Begriff einer juristischen Person aber gleichfalls nur als solcher möglich ist, liegt vom Gesichtspunkt der juristischen Grundlehre aus keine Veranlassung vor, auf diese Frage näher einzugehen. Dasselbe gilt von den Versuchen, den Begriff des Rechtssubjektes überhaupt oder mindestens für bestimmte Fälle fallen zu lassen.[2])

---

[1]) Zur Literatur über die juristischen Personen: Salkowski, *Zur Lehre von den juristischen Personen,* 1863; Böhlau, *Rechtssubjekt und Personenrolle,* 1871; Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogen. juristischen Personen,* 1873; Bolze, *Der Begriff der juristischen Person,* 1879; Rümelin, *Methodisches über juristische Personen,* 1891; Rümelin, *Zweckvermögen,* 1892; Gierke, *Deutsches Genossenschaftsrecht,* Bd. 3; Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung,* 1881; G. Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche,* 1889—1892, I—III; Fisichella, *Sulla realità della persona giuridica,* 1885; Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit,* I, 1903, S. 244—275; Gierke, *Privatrecht,* I, §§ 58, 59; Hänel, *Deutsches Staatsrecht,* 1892; Bernatzik, *Die juristische Persönlichkeit der Behörden.* Zugleich ein Beitrag zur Theorie der juristischen Personen, Arch. f. öff. Recht, V, 1890; Pfeiffer, *Zur Lehre von den juristischen Personen*; Burkhard, *Zur Lehre von den juristischen Personen,* Grünhuts Zeitschr. VIII; Hölder, *Natürliche und juristische Personen,* 1905; sowie die bei Berolzheimer, *System,* IV, S. 25, Anm. 1 mitgeteilte Literatur; Binder, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit,* 1907; Saleilles, *De la Personnalité juridique,* 1910; J. Ch. Gray, *The Nature and sources of the Law,* 1909, S. 27—62; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre,* 2. Aufl., S. 163; Stammler, *Theorie,* S. 196—198, 356, 381.

[2]) Derselbe Zweck, der durch die Annahme von juristischen Personen erreicht wird, wird auch durch die Annahme von *subjektlosen*

§ 143. Exkurs über das Wesen der sogen. juristischen Fiktionen.

Im Zusammenhang mit der Theorie der juristischen Personen ist auch die Frage oft behandelt worden, ob die juristischen Personen eine Fiktion bedeuten oder nicht. Diese Frage geht auf die andere zurück, was unter einer juristischen Fiktion zu verstehen sei.

Unter Fiktion wird gewöhnlich die Gleichstellung eines nichtwirklichen Sachverhalts mit einem wirklichen verstanden.[1]

Da jedoch die Rechtssätze nicht Aussage-, sondern Bestimmungssätze sind und es die Jurisprudenz folglich nur mit der Wiedergabe des Inhaltes von Bestimmungssätzen zu tun hat, so folgt daraus, daß es in der Jurisprudenz recht eigentlich an der Möglichkeit für den Gebrauch von Fiktionen fehlt. Das Gebiet der Fiktionen sind Behauptungs- oder Aussagesätze; Bestimmungssätze können eigentlich gar keine Fiktionen in diesem allgemeinwissenschaftlichen, nichtjuristischen Sinne des Wortes enthalten.[2]

Rechten angestrebt. Es soll damit dieselbe Zusammenfassung einer Vielheit sonst auseinanderfallender Rechte und Pflichten (!) zu einer Einheit bewirkt werden. Doch hat diese Konstruktion bedeutende Nachteile gegenüber der der juristischen Person. Wenn man sich auch die Annahme subjektloser Rechte und Pflichten gefallen lassen wollte, bedürfte es doch noch einer weitern Konstruktion, durch die jene Rechte und Pflichten zu einer Einheit zusammengefaßt werden, wie sie sonst dadurch entsteht, daß sie auf dieselbe Person bezogen sind. Sodann müßte man natürlich auch die Möglichkeit subjektloser Pflichten zugeben. Zur Literatur über das Problem der subjektiven Rechte vgl. die bei Windscheid-Kipp, *Lehrbuch der Pandekten*, I⁸, S. 188, Anm. 3 und S. 189 Anm. 5 angeführte Literatur, ferner Stammler, *Die Unbestimmtheit des Rechtssubjektes*, 1907, und die daselbst angeführte Literatur. Über den Vorschlag, den Begriff des Rechtssubjektes überhaupt fallen zu lassen: G. Schwarz, *Rechtssubjekt und Rechtszweck*, Arch. f. bürgerl. Recht, XXXII. S. 12—139; G. Schwarz, *Kritisches über Rechtssubjekt und Rechtszweck*, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. XXXV, S. 10—90, und die dort genannte Literatur, ferner H. A. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit*, 1911, S. 37—42.

[1]) Austin, *Lectures*, II⁵, S. 609: „They consisted in feigning or assuming, that something which obviously *was*, was *not*: or that something which obviously was *not, was!*" Leonhard, *Der allgem. Teil des BGB.*, S. 104; Bierling, *Kritik* II, S. 85—86; *Prinzipienlehre*, I, S. 101.

[2]) Vgl. Kelsen, *Hauptprobleme*, S. 180—181.

Befehle oder Versprechen bieten ihrer logischen Bedeutung nach, da sie nicht auf Seinsbetrachtungen gerichtet sind, keine Möglichkeit für die Anwendung von Fiktionen. Es mag diese Behauptung für den ersten Augenblick vielleicht befremden, da man die Jurisprudenz gewöhnlich als ein Gebiet zu betrachten pflegt, auf dem die Fiktionen besonders üppig wuchern, doch läßt es sich bei näherem Zusehen leicht zeigen, daß die Rechtsinhalte, die man als juristische Fiktionen zu bezeichnen pflegt, gar keine Fiktionen im eigentlichen Sinne des Wortes sind. Wenn die Volkswirtschaftslehre häufig von der Annahme der rein wirtschaftlichen Natur des Menschen, vom homo oeconomicus, ausgeht und ihre Deduktionen danach ausführt, obwohl sie weiß, daß im Menschen nicht nur wirtschaftliche Beweggründe wirksam sind, so ist diese bewußte Vernachlässigung der übrigen Motive eine „Gleichstellung eines nicht wirklichen Sachverhalts mit einem wirklichen“, also eine Fiktion. Eine wissenschaftliche Fiktion wird eben deshalb auch *Annahme* genannt,[1]) sie ist nämlich die Annahme eines nichtwirklichen Sachverhalts als eines wirklichen. Sie werden gewöhnlich bewußt zur vorläufigen Vereinfachung eines Sachverhalts gemacht, es sind bewußte Vernachlässigungen von Tatsachen, um durch eine derartige Vereinfachung leichter eine Übersicht zu gewinnen.

Für all das bieten aber Verhaltungsmaßregeln gar keine Gelegenheit,[2]) da sie ja über die Wirklichkeit nichts aussagen, sondern höchstens auf wirkliche Tatbestände als auf Bedingungen eines befohlenen Verhaltens Bezug nehmen. Sie sagen deshalb gar nie aus, daß man sich etwas Nichtwirkliches als etwas Wirkliches denke, sondern sie ändern höchstens eine *früher gesetzte Bedingung eines Bestimmungssatzes durch einen späteren* derart, daß die Bestimmung nunmehr an eine *andere Wirklichkeit* geknüpft ist. Das Fiktionsähnliche kann also in der Jurisprudenz nur dem Ausdruck nach, nicht dem Wesen

[1]) Eisler, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe,* I[3], S. 369: „Wissenschaftliche Fiktionen heißen Annahmen, die wir zu heuristischen Zwecken machen“.

[2]) Vgl. Stammler, *Theorie,* S. 331.

nach Platz haben. Gebe ich meinem Diener die Erlaubnis, alle Sonntage auszubleiben, so kann ich später eine Ausnahme hiervon ausdrücklich als solche hinzufügen, oder ich kann sie in die *Form* kleiden, es sei anzunehmen, diese oder jene Werktage seien auch Sonntage, oder diese oder jene Sonntage seien Werktage. Es ist einleuchtend, daß ich damit nur die im ersten Bestimmungssatz enthaltenen Bedingungen geändert habe, und daß der Schein einer Fiktion nur im Ausdruck besteht. (Wenn man so sagen darf, liegt nur eine grammatische, keine logische Fiktion vor.) Diese angebliche juristische Fiktion ist demnach *logisch ganz und gar etwas anderes* als dasjenige, was man sonst in der Wissenschaft als Fiktion bezeichnet.

Die juristische Fiktion unterscheidet sich also nur dem Ausdrucke, nur der Form, nicht aber dem Wesen nach von einer Ausnahme oder von einer Verweisung.[1]) Jede juristische Fiktion läßt sich in einfache Bestimmungssätze auflösen.

Es beruht demnach auf einer Verkennung sowohl des Wesens der Fiktion in den Seinswissenschaften wie der sogen. juristischen Fiktionen, wenn Bierling[2]) die Berechtigung der letzteren damit zu verteidigen versucht, daß „die Fiktionen ein Hilfsmittel der Arbeit und Darstellung aller möglichen Wissenschaften, und zwar in hervorragendster Weise derjenigen bilden, die mit Recht als exakte bezeichnet werden".

Diese Begriffsvermengung zeigt sich auch in den von Bierling angeführten Beispielen. Wenn die Astronomie von Sonnenaufgang spricht, so ist das allerdings eine richtige Parallele zu den sogen. juristischen Fiktionen; denn es ist nur eine Unangemessenheit des Ausdrucks, die jedoch niemand eine astronomische Fiktion nennen wird. Sonst müßte ja

---

[1]) Vgl. Bülow, *Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, Arch. f. d. zivil. Praxis, LXII, 1879, S. 4 ff.; Plósz, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, 1880. S. 151; Plósz. *Über das gerichtliche Geständnis* (ungarisch), 1907 S. 12; Plósz, *Die Natur der gesetzlichen Präsumption* (ungarisch), 1912, S. 5/6, 23.

[2]) *Kritik*, II, S. 87; vgl. auch Bierling, *Prinzipienlehre*, I, S. 102, ferner den Artikel „Fiktionen" in Holtzendorffs *Rechtslexikon* (3. Aufl.) und die Anm. 4 in der Zeitschr. f. Strafrechtswissenschaft X, S. 259 ff.

jede sprachliche Metapher als eine wissenschaftliche Fiktion bezeichnet werden, und auch der Botaniker würde, wenn er eine Pflanze als Löwenmaul bezeichnet, obwohl er doch ganz gut weiß, daß es kein Löwenmaul ist, eine naturwissenschaftliche Fiktion begehen. Die Heranziehung dieses Beispiels des Sonnenaufgangs zeigt aber deutlich, was juristische Fiktionen in Wahrheit sind. Es sind nur *sprachliche Metaphern, Redewendungen, terminologische Bequemlichkeiten*, nicht aber wirkliche Fiktionen.[1])

[1]) Es ist daher auch nicht so ganz zutreffend, wenn man die juristischen Fiktionen „interpretationes extensivas" genannt hat. Vgl. JHERING, *Geist*, III. Teil, 1. Abt., S. 285, Anm. 418. Der Erkenntnis der Metaphernatur der juristischen Fiktionen kommt BRINZ, *Pandekten*, I², S. 195 einigermaßen nahe, wenn er sie mit den Personifizierungen in Verbindung bringt und den Unterschied zwischen den beiden darin sieht, daß die Fiktionen „das bewußte, raffinierte, fachmäßige Produkt der Jurisprudenz, während die Personifikationen von dieser nur hingenommen und beibehalten sind". Daß dieser Gesichtspunkt des Ursprunges des Norm*inhaltes* nicht von Bedeutung ist, hat aber schon BIERLING, *Kritik*, II, S. 108 bemerkt. — Es ist deshalb auch JHERING, a. a. O., S. 288 nicht zuzustimmen, wenn er behauptet: „Jede Fiktion jedoch diene der Wissenschaft zugleich als Aufforderung, sich ihrer baldmöglichst zu entledigen, denn mit jeder Fiktion legt sie das Eingeständnis unvollkommener Lösung des Problemes ab". Es scheint dabei wieder der Begriff der wirklichen Fiktion mit dem der juristischen verwechselt zu sein. Denn die juristische bietet ja keine Lösung eines Problems, sondern nur die Formulierung einer Bestimmung. Von seinem oben angeführten Ausgangspunkte aus weiß sich auch AUSTIN in bezug auf die juristischen Fiktionen keinen Rat. Er sieht wohl ein, daß es lächerlich sei, anzunehmen, daß solche Fiktionen täuschen könnten oder gar zum Zwecke einer Täuschung entstanden seien, a. a. O., S. 609, da ihr Sinn einfach dahin geht, daß gewisse Individuen bestimmte Rechte oder Pflichten haben oder nicht haben sollen (S. 610), aber er findet keine Erklärung dafür, „weshalb ein so klarer Sinn durch Fiktionen *verdunkelt* werden soll" (S. 611). Dem hier ausgeführten Standpunkt stehen die Ausführungen BIERLINGS in der *Prinzipienlehre*, I, S. 101 ff. näher, indem er lehrt: „Eine eigentümliche Art der verweisenden Rechtssätze bilden diejenigen Rechtsnormen, welche auf andere verweisen, indem sie sich zu diesem Zwecke des logischen Hilfsmittels der Fiktion bedienen". Es kommt aber darin, und noch weniger in den sich daran anschließenden Betrachtungen noch immer nicht zum Ausdruck, daß die Eigentümlichkeit der Art der Verweisung bloß eine Eigentümlichkeit des Ausdrucks ist und nichts mit den Annahmen der Seinswissenschaften zu tun hat.

Die sogen. juristische Fiktion ist also ein durchaus einwandfreies Mittel der Norminhaltsformulierung. Ein Normsetzer kann getrost ausdrücklich oder nichtausdrücklich sagen: um mich kürzer zu fassen, werde ich diese und jene Fälle so oder so bezeichnen, mit anderen Worten: ich werde mich folgender *Terminologie* bedienen. Und die systematische Norminhaltsdarstellung — also im Falle von Rechtsnormen die Jurisprudenz — hat wie immer so auch im Falle von solchen sogen. Fiktionen die freie Wahl, hinsichtlich der Ausdrucksform dem Rechtssetzer zu folgen oder von ihm abzuweichen. Wir wissen: so sehr sie auch an den wiederzugebenden Norminhalt gebunden ist, so wenig ist sie an irgend eine Form des Ausdrucks dieser Wiedergabe gebunden. In bezug auf diesen ist sie gerade so souverän wie der Normgeber in bezug auf den Norminhalt, und es ist gerade eines der vornehmsten Geschäfte der Jurisprudenz, die für ihre systematischen Zwecke passendste Form des Ausdrucks zu ermitteln. Diese Freiheit der Jurisprudenz besteht auch hinsichtlich des Gebrauches von sogen. Fiktionen.[1]) Sie kann die des Normgebers beibehalten, wenn es ihr zweckdienlich erscheint, und sie kann sie auflösen und sich fiktionslos ausdrücken, wenn sie das für mehr angebracht erachtet;[2]) sie kann aber auch nach Gutdünken selber welche aufstellen.

---

[1]) Ähnlich Stammler, *Theorie*, S. 330—332 und bereits Unger, *System des österr. allgem. Privatrechts*, VI, 1864, S. 35: „Die Fiktion ist nur die eigentümliche Ausdrucksform für die juristische Gleichstellung und Gleichbehandlung an sich verschiedener Verhältnisse . . ., sie ist ein Werkzeug juristischer Terminologie".

[2]) Anders Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, I, S. 221, der der Meinung ist, „daß überall, wo ein positives Recht selbst gewisse Fiktionen ausdrücklich anerkennt, oder auch nur tatsächlich mit solchen operiert, für die Rechtswissenschaft die Frage nach der sonstigen Zulässigkeit von Fiktionen in der Wissenschaft gar nicht in Betracht kommt". Dieser Standpunkt Bierlings scheint jedoch auch durch eine verschiedene Auffassung von den Aufgaben der Jurisprudenz mitbedingt zu sein, namentlich, wenn er (*Prinzipienlehre*, I. S. 104) behauptet, daß „eine Fiktion, die nicht bloß von der Rechtswissenschaft als solcher, sondern vom positiven Rechte selbst gebraucht wird, nicht durch die bloße Erkenntnis ihrer Entbehrlichkeit, überhaupt nicht durch die Rechtswissenschaft als solche beseitigt werden kann, sondern immer nur durch das

Es ist mit alldem zugleich auch schon gesagt, wie wenig angebracht der manchmal sogar heftige Streit über die Frage ist, ob die juristischen Personen Fiktionen bedeuten,[1]) und man darf wohl die damit begangene Verkennung des Wesens der sogen. juristischen Fiktionen mit Savigny[2]) als lächerlich bezeichnen.

Einer ähnlichen Lächerlichkeit fallen aber auch die Ereiferungen anheim, die sich neuerdings in Verbindung mit Rechtsanwendungsfragen gegen den Gebrauch juristischer Fiktionen öfters erhoben haben.

---

positive Recht selbst, also irgendwie im Wege neuer Rechtsbildung; die Rechtswissenschaft hat demnach hier nur die Aufgabe, die wirkliche Beseitigung der Fiktion vorzubereiten. Nicht, als wenn die juristischen Fiktionen notwendig oder auch nur gewöhnlich selbst Rechtssätze wären; aber sie gehören als stillschweigende oder ausdrückliche Voraussetzungen jedenfalls mit zu dem Inhalte des positiven Rechts und können demzufolge auch nicht aufgegeben werden, ohne daß zugleich eben dieses eine — mindestens formale — Änderung erfährt".

Den entgegengesetzten Fehler begeht Bülow, *Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, Arch. f. d. zivilistische Praxis, LXII, 1879, S. 6—7, indem er an die Jurisprudenz die unbedingte Forderung richtet, jede Fiktion der Gesetzgebung aufzulösen und die „wissenschaftliche Fiktion" als „eine Selbsttäuschung, ja eine Bankerotterklärung der Wissenschaft" brandmarkt. Wenn die juristische Fiktion einmal nichts anderes ist als „Vereinfachungs- und Veranschaulichungsapparat", so ist nicht einzusehen, weshalb sich die Wissenschaft dieses Apparates als *solchen* nicht ebenfalls bedienen könnte. Es scheint hier wiederum eine irrtümliche Auffassung von dem Wesen der Jurisprudenz nachzuwirken. Dagegen lehrte bereits Wendt, *Rechtssatz und Dogma*, Jherings Jahrbücher, XXII, 1884, S.306 durchaus richtig, daß „die logischen oder didaktischen Hilfsmittel, mit welchen die Theorie einem Rechtssatz dogmatischen Ausdruck zu verleihen bestrebt ist", nicht „gescholten werden" dürfen. Natürlich darf sich die Jurisprudenz ebensowohl auch von ihr selbst geschaffener Ausdrücke oder populärer Redewendungen dieser Art bedienen und braucht nicht erst auf entsprechende Formulierungen des Gesetzgebers zu warten.

[1]) Vgl. Berolzheimer, *System*, IV, S. 25 ff.

[2]) *Vom Beruf unserer Zeit*, 3. Aufl., S. 32; vgl. auch Blackstone, *Comm.*, III, 43; Stammler, *Theorie*, S. 329.

Schlußwort.

Da sich die juristischen Grundbegriffe aus Gliedern und Folgen des Begriffes des Rechts ergeben, und da sich jeder Begriff wieder in Teile zerlegen läßt, kann es keine feste Grenze dafür geben, wie weit diese Zergliederungen und Folgerungen zu führen seien. Das hierfür maßgebende Prinzip ist ein praktisches: die Erheblichkeit der auf diese Art gewinnbaren Begriffe für die Jurisprudenz. Es bedarf also einer Kenntnis der Probleme der Jurisprudenz, um hier die richtige Grenze einzuhalten. Setzen wir nämlich die Begriffszergliederung zu weit fort, so gelangen wir alsbald zu solchen Allgemeinheiten, die wohl noch immer Voraussetzungen der Jurisprudenz sind, die aber bereits ebensogut Voraussetzungen aller andern Wissenschaften sind. Mit diesen können wir es hier nicht zu tun haben wollen.

Allerdings ließen sich unsere Untersuchungen auch noch innerhalb der Grenze der juristischen Bedeutsamkeit nach mancher Seite hin weiter fortsetzen, es ist jedoch von größerer Wichtigkeit, zum Schlusse lieber noch beispielsweise daran zu erinnern, was sich alles nicht in Verfolgung der hier angebahnten Methode finden läßt. Es gibt nämlich eine Reihe juristischer Probleme, für welche die Gepflogenheit einer gewissermaßen voraussetzungsweisen Behandlung besteht, obwohl sie nur einer rechtsinhaltlichen Lösung zugänglich sind. Es liegt nahe, dabei in erster Linie an die Probleme zu denken, denen unter dem Namen „Strafrechtsphilosophie“ besonders häufig eine überjuristische Behandlung zuteil wird. Sie mögen daher als Beispiel auch an Stelle vieler anderer stehen.

Es ist von vornherein klar, daß eine vorjuristische Behandlung besonderer *Teile* eines Rechtssystems überhaupt nicht zutrifft, da hierzu eben nur das geeignet sein kann, was sich über alles Recht gleichermaßen sagen läßt.

Bereits der Begriff, der an der Spitze jedes Strafrechts steht, der Begriff der Strafe, ist kein juristischer Grundbegriff. Er folgt nicht aus dem Begriffe des Rechts, sondern kann nur einem Rechtsinhalt entnommen werden. Das juristische Un-

recht (Rechtsverletzung oder Rechtswidrigkeit) ist nichts anderes als die Nichtbefolgung einer Rechtsnorm, und die Strafe im Rechtssinne ist nichts anderes als eine der für den Fall der Normverletzung in Aussicht gestellten Folgen, des nähern die Zufügung eines für den Fall einer Normverletzung angedrohten Übels. Dieser juristische Begriff der Strafe ist vom ethischen Strafbegriff und damit auch vom Begriffe der Vergeltung sorgfältig zu trennen. Der Begriff der Vergeltung ist bereits ein ethischer Wertbegriff. Eine Vergeltung ist folglich immer eine richtige Vergeltung; es ist die richtige Folge der Verletzung einer richtigen Norm. Damit hängt auch zusammen, daß auch der ethische Schuldbegriff nicht einfach in die juristische Betrachtung hineingezogen werden darf.

Andrerseits steht dem natürlich gar nichts im Wege, daß sich eine Rechtsordnung auf die Basis der Moral stelle, es ist sogar der gewöhnliche Fall. Auf diesem Wege kann dann die ethische Bedeutung von Strafe und Schuld mit irgend einer rechtsinhaltlichen zusammenfallen. Aber selbst wenn das der Fall ist, handelt es sich dabei doch nur um ein Rechtsinhaltsproblem, nicht um eine Frage der juristischen Grundlehre. Diese Übereinstimmung muß sich in solchem Falle aus dem Rechtsinhalt, nicht aber dieser aus irgendwelchen ethischen Prinzipien ergeben.

Die Verfolgung dieser Fragen führte also in der einen Richtung zu einer besonderen Jurisprudenz, in der andern aber zu einer juristischen Wertlehre: die juristische Grundlehre kann ihnen nicht begegnen.

Namenregister.

Sachregister.

Buchdruckerei von Robert Noske in Borna - Leipzig.